Die Rechtsfolgen von Prozeßverstößen im Patenterteilungsverfahren.

Amtsrichter Richard Kautter.

Die Rechtsfolgen von Prozeßverstößen im Patenterteilungsverfahren.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Amtsrichter Richard Kautter
aus Nürtingen.

ACAD. JUR. RAT. BIBL.

1913.
R. Hieronymus, Buch- und Kunstdruckerei
Neumünster.

Genehmigt von der Juristischen Fakultät zu Tübingen,
im Dezember 1912.

Referent: Professor Dr. v. Heck.

Literaturverzeichnis.

Spezialabhandlungen:

Adler, Emanuel, „Nichtigkeit eines Patentes infolge von Mängeln des Erteilungsverfahrens" GUR. 08, Seite 165.

Ephraim, J., „Ueber Nichtigkeit im Patentrecht" GUR. 07, Seite 54 ff. „Die Bekanntmachung der Patentanmeldungen" GUR. 10, Seite 18.
„Zur Reform des Patentgesetzes" Z. f. a. Ch. XXII, Seite 2328.

Hüfner, „Ist das patentrechtliche Einspruchsverfahren ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit?" GUR. 09, S. 317.

Katz, Edwin, „Über die Nichtigkeit im Patentrecht" GUR. 07, S.44.

Rhenius, „Die Vorprüfung nach § 21 des neuen Patentgesetzes" Glaser's Annalen 28, S. 174 ff.

Schanze, Sammlung industrierechtlicher Abhandlungen, Berlin 1906.

Seligsohn, A., „Bilden formelle Mängel im Erteilungsverfahren einen Nichtigkeitsgrund?" In Kohlers Festgabe „Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes, Josef Kohler als Festgabe zum 60. Geburtstag zugeeignet von deutschen Praktikern 1909."

Zeitschriften:

Blatt für Patent-Muster- und Zeichenwesen (zitiert „PMZBl.").
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (zitiert „GUR.").
Zeitschrift für angewandte Chemie (zitiert „Z. f. a. Ch.").
Glaser's Annalen für Gewerbe- und Bauwesen (zitiert „Glaser's Annalen").

Kommentare und systematische Bearbeitungen:

Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, München 1904.

Damme, Das deutsche Patentrecht, Berlin 1906.

Ephraim, Deutsches Patentrecht für Chemiker, Halle a. S. 1907.

Isay, Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1903.

Kent, Das Patentgesetz vom 7. April 1891, Berlin 1906-07.

Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Mannheim 1900-01.
Lehrbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1908.

Lutter, Patentgesetz vom 7. April 1891, Guttentag 1908.
Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908.
Robolski, Patentgesetz, Berlin 1901.

Spruchsammlungen:

Gareis, die patentamtlichen und gerichtlichen Entscheidungen in Patentsachen (zitiert „Gareis").
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert „RGZ").

Sonstige Werke:

Jellineck, der fehlerhafte Staatsakt, Tübingen 1908.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Motive zum Patentgesetz von 1877.
Motive zum Patentgesetz von 1891.
Bericht der Reichstagskommission zum Patentgesetz von 1877.
Bericht der Reichstagskommission zum Patentgesetz von 1891.
Denkschrift der Patentkommission des Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz, Düsseldorf 2.—8. Sept. 1907.
Verhandlungsbericht des Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz, Düsseldorf 2.—8. Sept. 1907.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Das Thema 7

I. Prozeßverstöße als Einspruchs- und Beschwerdegründe.

A. Einspruchsverfahren.

§ 2. Enthalten die gesetzlichen Einspruchsgründe auch prozessuale Bestandteile? 9

§ 3. Die Patentanmeldung als Voraussetzung des „Anspruchs auf Erteilung des Patentes“ 11

§ 4. „Zivilistische“ und „prozessuale“ Anmeldung 14

§ 5. Mängel der zivilistischen Anmeldung als Einspruchsgründe 15

§ 6. Mängel der prozessualen Anmeldung als Einspruchsgründe 16

§ 7. Verfahrensmängel, die keine Einspruchsgründe sein können 19

B. Beschwerdeverfahren.

§ 8. Prozeßmängel als Beschwerdegründe 20

II. Prozeßverstöße als Nichtigkeitsgründe.

A. Der derzeitige Stand der Streitfrage.

§ 9. Die bisherige Rechtsprechung 22

§ 10. Die Ansichten der Literatur 24

B. Stellungnahme zu der Frage.

a) Welche Gesichtspunkte ergeben sich aus Literatur und Rechtsprechung?

§ 11. Kritische Betrachtung der in der Rechtsprechung und Literatur angeführten Gesichtspunkte 30

b) Allgemeine Erwägungen aus dem System und den Grundgedanken des Patentgesetzes.

§ 12. „Anfechtbares Patent“ und „Nichtpatent“ 33

§ 13. Jede Patenterteilung erzeugt zum mindesten eine „anfechtbares Patent“, keinesfalls ein bloßes „Nichtpatent“ . . . 36

Seite

§ 14. Der Patenterteilungsbeschluß als der eigentliche Entstehungsakt des Patentes 38
§ 15. Vergleich mit dem Wiederaufnahmeverfahren des Zivil- und Strafprozesses 40

c) Die einzelnen Mängel.

§ 16. Vorbemerkung 44

1. Mängel, bezüglich derer Einstimmigkeit herrscht.

§ 17. Unerhebliche Mängel 44

2. Mängel, die möglicherweise den Erteilungsakt in Frage stellen.

§ 18. Mängel der Besetzung der Abteilung 47
§ 19. Grenze zwischen unrichtiger Besetzung und Fehlen eines Erteilungsaktes 49
§ 20. Weitere Grenzfälle 51
§ 21. Die Bedeutung der Patenturkunde und des Rolleneintrags 52

3. Mängel der Anmeldung.

§ 22. Mängel der Anmeldung als Nichtigkeitsgrund des § 10 Ziffer 2 53
§ 23. Sind Mängel der Anmeldung auch Nichtigkeitsgründe nach § 10, Ziffer 1? 58
§ 24. Einige besondere Fälle mangelhafter Anmeldung 61

4. Unrichtige Leitung des Verfahrens durch die Abteilung.

§ 25. Mängel des Aufgebots und der Auslegung 64
§ 26. Sonstige Verstöße 65

III. Das Ergebnis.

§ 27. Aufzählung der Fälle von Nichtpatenten 66
§ 28. Gesetzgeberische Erwägungen 68

Einleitung.

§ 1. Das Thema.

Das deutsche Patentgesetz hat ein eigenes System von Rechtsbehelfen:

a) Einspruch:

Nach § 24, Absatz 2, kann gegen eine Patentanmeldung innerhalb 2 Monaten, nachdem die Anmeldung durch das Patentamt öffentlich bekannt gemacht worden ist, Einspruch eingelegt werden. Dieser Einspruch kann nach Satz 3 daselbst „nur auf die Behauptung gestützt werden, daß der Gegenstand (der Patentanmeldung) nach §§ 1 und 2 nicht patentfähig sei oder daß dem Patentsucher ein Anspruch auf das Patent nach § 3 nicht zustehe".

b) Beschwerde:

„Gegen den Beschluß, durch welchen die Anmeldung zurückgewiesen wird, kann der Patentsucher und gegen den Beschluß, durch welchen über die Erteilung des Patentes entschieden wird, der Patentsucher oder der Einsprechende innerhalb eines Monates nach der Zustellung Beschwerde einlegen" (§ 26 P. G.).

c) Nichtigkeitsklage:

„Das Patent wird für nichtig erklärt, wenn sich ergibt:

1. daß der Gegenstand nach §§ 1 und 2 nicht patentfähig war,
2. daß die Erfindung Gegenstand des Patentes eines früheren Anmelders ist,
3. daß der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Einrichtungen eines anderen oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne Einwilligung desselben entnommen war" (§ 10 P. G.).

„Die Einleitung des Verfahrens wegen Erklärung der Nichtigkeit . . . erfolgt nur auf Antrag . . . Der Antrag ist schrift-

lich an das Patentamt zu richten und hat die Tatsachen anzugeben, auf welche er gestützt wird" (§ 28 P. G.).

d) Zurücknahme:

Als 4. Rechtsbehelf kennt das Gesetz (§ 11 und dessen Abänderung durch Ges. v. 6. 6. 11 RGBl. S. 243) die Zurücknahme des erteilten Patentes oder Erteilung einer Zwangslizenz durch das Patentamt. Voraussetzung ist die Nichtausübung durch den Inhaber innerhalb einer bestimmten Frist oder Nichterteilung von Lizenzen trotz angemessenen Angebots. Auch hier ist, wie bei der Nichtigkeitserklärung, eine formelle Klage notwendig.

Bei diesem Rechtsmittelsystem fällt auf, daß bessere Privatrechte an der angemeldeten Erfindung nur insoweit erwähnt sind, als sie durch den Tatbestand der Entnahme verletzt sein sollen. Prozeßverstöße beim Erteilungsverfahren werden überhaupt nicht erwähnt. Bezüglich der besseren Privatrechte ist es außer Streit, daß diese durch Erteilung des Patentes an einen privatrechtlich nicht berechtigten Anmelder unberührt bleiben. Kohler[1] sagt hierüber: „Das Patentamt prüft nur, ob eine Erfindung dem ganzen Volk als freie Erfindung zusteht oder ob sie durch das Alleinrecht eines einzelnen gebunden ist. Ist auf solche Weise die Erteilung des Patentes im wesentlichen unpersönlich, so muß die Möglichkeit einer Ausgleichung gegeben werden, nicht nur, daß das Patent objektiv richtig erteilt wird, sondern daß auch der das Patent erhält, der das Erfinderrecht hat. Hierzu wirkt schon das Patentamt indirekt mit, indem es von 2 Anmeldenden dem das Patent erteilt, der zuerst angemeldet hat. Eine zweite Korrektur vollzieht das Patentamt dadurch, daß es im Falle der Anmeldung einer entwendeten Erfindung das Patent nicht gewährt, vorausgesetzt, daß der Verletzte den Einspruch erhoben hat. Weitere Ausgleichungen vollziehen sich im Wege des Zivilrechtes." Es ist auch nirgends bestritten, daß das Patentamt, sofern nicht der Tatbestand widerrechtlicher Entnahme geltend gemacht wird, sich nicht darum zu kümmern hat, ob der Anmelder bzw. Patentinhaber auch wirklich ein Recht an dem oder auf den Gegenstand der Erfindung hat. Würde also im Einspruchs-, Beschwerde- oder Nichtigkeits-Verfahren ein Dritter geltend machen, die Erfindung stehe ihm und nicht dem Anmelder bzw. Patentinhaber zu, so hätte das Patentamt dieses Vorbringen gar nicht zu beachten, außer, wenn behauptet würde, es liege eine Entnahme im Sinne des § 3 P. G. vor. Die Geltendmachung der-

[1] Handbuch, Seite 308 ff.

artiger Privatrechte gehört also lediglich in das Gebiet des Zivilrechtes und bietet für das Patentrecht weiter kein Interesse.

Nicht so ist es mit prozessualen Verstößen, die im Patenterteilungsverfahren unterlaufen mögen. Es ist durchaus bestritten, ob sie mit dem Einspruch, der Beschwerde, der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden können, oder ob das Gesetz, weil es sie bei der Aufzählung der Einspruchs- und Nichtigkeitsgründe überhaupt nicht erwähnt, sie überhaupt unbeachtet wissen will. Ja, es ist sogar bestritten, ob das Gesetz, auch wenn es diese Absicht gehabt haben sollte, diese Absicht hätte erreichen können. Sagt doch Binding[2]: „Ein Prozeßgesetz kann den Gedanken von der Hand weisen, einen prozessualen Rechtsbehelf zur Konstatierung unheilbarer Nichtigkeit zu schaffen, ihre Wirkung überhaupt zu beseitigen, ist es ganz außer Stande."

Im folgenden soll nun untersucht werden, welche rechtliche Bedeutung den verschiedenen denkbaren Prozeßverstößen, die im Patenterteilungsverfahren unterlaufen können, zukommt, ob sie mit Einspruch oder Beschwerde geltend gemacht werden können, oder ob sie, sollte trotz ihrer das Patent erteilt sein, die Nichtigkeit dieses Patentes zu begründen vermögen.

Die Zurücknahmeklage (bzw. Klage auf Erteilung einer Zwangslizenz) kann bei diesen Betrachtungen außer Acht bleiben. Denn es steht außer Zweifel, daß dieser Rechtsbehelf für die Geltendmachung prozessualer Verstöße im Erteilungsverfahren unter allen Umständen ungeeignet ist.

I. Prozeßverstöße als Einspruchs- und Beschwerde-Gründe.

A) Einspruchsverfahren.

§ 2. Enthalten die gesetzlichen Einspruchsgründe auch prozessuale Bestandteile?

Der Wortlaut des Gesetzes: „Der Einspruch kann nur auf die Behauptung gestützt werden, daß usw." (§ 24, Abs. 2; s. o. Einl.) läßt keine andere Deutung zu, als daß diese Gründe erschöpfend aufgezählt sind. Andere Gründe, als die im § 24, Abs. 2 aufgezählten gibt es nicht. So die durchaus herrschende An-

---

[2] Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 4. Auflage, Seite 230 f.

sicht.[3] Nur Ephraim[4] vertritt eine gegenteilige Meinung: „Außer diesen im Patentgesetz ausdrücklich durch die Bezugnahme auf die entsprechenden Bestimmungen angeführten Einspruchsgründen besteht noch als weiterer prozessualer Einspruchsgrund wesentlicher Mangel des Prüfungsverfahrens. Das Bestehen dieses Grundes folgt aus den für die Nichtigkeit des Patentes vom Reichsgericht festgestellten Gesichtspunkten. Wenn man ein unrechtmäßig erteiltes Patent als eo ipso nichtig anzusehen hat, so folgt dies auch für die ausgelegte Anmeldung.“ Er führt dann weiter aus, daß nur solche Verfahrensvorschriften die Ungiltigkeit der ausgelegten Anmeldung herbeiführen, die die Allgemeinheit und nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen Anmelder und Patentamt betreffen. Demnach sieht er prozessuale Einspruchsgründe in: 1. Nichtvorhandensein einer Anmeldung, 2. Nichtübereinstimmung der angemeldeten Erfindung mit der ausgelegten, 3. Nichtäußerung auf einen Vorbescheid innerhalb der gesetzlichen Frist, 4. Beteiligung des Mitgliedes, welches den Vorbescheid erlassen hat, an der Beschlußfassung über die Bekanntmachung, 5. Nichtzahlung der Anmeldegebühr bei Einreichung der Anmeldung, 6. ungenügende Beschreibung.

Die Richtigkeit wenigstens der Begründung Ephraim's muß bestritten werden. Denn angesichts des bestimmten Wortlautes des § 24, Abs. 2 P. G. („n u r“) dürfen die Einspruchsgründe nirgends anders hergeholt werden als aus eben dem Abs. 2 § 24. Zudem sind die Gesichtspunkte des Reichsgerichts über die Nichtigkeit von Patenten, auf denen Ephraim fußt, nicht haltbar, wie weiter unten nachgewiesen werden wird, und auch vom Reichsgericht selbst neuerdings aufgegeben worden.

Prozessuale Tatbestände sind darum zur Begründung des Einspruchs nur dann geeignet, wenn sie unter einen der in § 24, Abs. 2 enthaltenen Einspruchsgründe fallen. Es ist nun eine weit verbreitete Ansicht, die im § 24 aufgezählten Einspruchsgründe seien ausschießlich „materieller“ Natur. So sagt z. B. Kent[5]: „Der Einspruch kann nur auf materiell-rechtliche Gründe für die Versagung des Patentes gestützt werden. Gründe lediglich formeller oder prozessualer Natur können nicht zur Einspruchsbegründung dienen.“ Diese Ansicht hält näherer Betrachtung nicht stand. Zwar ist die Einspruchsbehauptung, „daß der Gegenstand nach §§ 1 und 2 P. G. nicht patentfähig sei“, zweifellos bloß materieller Natur. Ebenso der Einspruch wegen Entnahme (§ 3, Abs. 2). Aber das Gesetz sagt doch, der Einspruch könne darauf gestützt werden, „daß dem Patentsucher ein Anspruch auf das Pa-

[3] Kent § 24, Note 22, Lutter § 24, Note 5, Allfeld § 24, Note 5.
[4] Patentrecht für Chemiker S. 248 ff.
[5] § 24, Note 24.

tent nach § 3 nicht zustehe". Der § 3, Abs. 1 lautet: „Auf die Erteilung des Patentes hat derjenige Anspruch, welcher die Erfindung zuerst nach Maßgabe des Gesetzes angemeldet hat." Nach diesem Wortlaut also scheint es[6], als habe der „Anspruch auf Erteilung des Patentes gem. § 3, Abs. 1 P. G." zur Voraussetzung nicht bloß, daß der Anmelder als Erster angemeldet habe, sondern auch, daß er überhaupt angemeldet habe, ja sogar, daß er „nach Maßgabe des Gesetzes" angemeldet habe.

Wäre dies richtig, so würde beim Mangel auch nur einer dieser Voraussetzungen ein Anspruch auf das Patent nicht vorliegen. Die weitere Folge wäre, daß dann entsprechend auf das Fehlen jeder einzelnen dieser 3 Voraussetzungen gem. § 24, Abs. 2 auch der Einspruch begründet werden könnte. Damit hätten wir dann wenigstens 2 Einspruchsgründe prozessualer Natur. Denn die Behauptung, es liege keine Anmeldung vor, oder sie sei nicht nach Maßgabe des Gesetzes erfolgt, wären zweifellos Einspruchsgründe rein prozessualer Natur.

Ob sie zulässig sind, hängt, wie gesagt, ab von der Vorfrage: In welchem Umfang ist die Anmeldung Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf das Patent gem. § 3 P. G.?

§ 3. Die Patentanmeldung als Voraussetzung des „Anspruchs auf Erteilung des Patentes".

Allerdings sagt das Gesetz nicht schlechthin, daß auf die Erteilung des Patentes derjenige Anspruch habe, der angemeldet hat, sondern nur der z u e r s t angemeldet hat. Daraus scheinen einzelne Schriftsteller zu folgern, der Einspruch könne bloß darauf gestützt werden, daß der Anmeldende nicht z u e r s t angemeldet habe. So Osterrieth[7], Allfeld[8], Lutter[9], Damme[10] und scheinbar

---

[6] Die Vorarbeiten, sowohl zum Gesetz von 1877, als das von 1891 stehen einer derartigen Auffassung nicht entgegen. Das Gesetz von 77 hatte weder den Nichtigkeitsgrund der jetzigen Ziffer 2, § 10, noch den Einspruchsgrund wegen „Mangels eines Anspruchs auf das Patent gemäß § 3 Abs. 1". Die Motive zum Gesetz von 91, das die jetzige Ziffer 2, § 10 einschob, sagen, es solle durch diese Bestimmung außer Zweifel gesetzt werden, „daß in den Fällen, in welchen ein Patent entgegen der Vorschrift des § 3, Abs. 1, erteilt ist, die Herstellung des dieser Vorschrift entsprechenden Zustandes im Wege des Nichtigkeitsverfahrens zu erfolgen hat." Bei § 24, in den als weiterer Einspruchsgrund der „Mangel eines Anspruchs auf das Patent nach § 3 Abs. 1" eingeschoben wurde, geben die Motive als Grund an die Absicht, diesen mit dem § 10 in Einklang zu bringen.

[7] Seite 144.

[8] Seite 225.

[9] Seite 174.

[10] Seite 318.

auch Isay[11]. Denn diese Schriftsteller wollen einen Einspruchsgrund wegen Mangels eines Anspruchs nach § 3, Abs. 1 nur in der Behauptung der Indentität mit dem Gegenstand eines älteren Patentes erblicken. Die „Indentität mit einem älteren Patent" kann aber nur in Frage kommen, wenn eine „ältere" d. h. prioritätsberechtigte Anmeldung gegenübersteht. Die genannten Schriftsteller wollen also einen Einspruch aus Abs. 1 § 3 offenbar nur dann zulassen, wenn eine zweite Anmeldung, die Priorität in Anspruch nimmt, vorliegt, oder gar zum Patent geführt hat. Diese Auffassung scheint zu großem Ton auf das Wort „zuerst" zu legen. Wenn schon derjenige, der nicht zuerst angemeldet hat, keinen Anspruch auf Erteilung des Patentes haben soll, so ist es eine unabweisliche Schlußfolgerung, daß noch viel weniger derjenige einen solchen Anspruch haben kann, der überhaupt nicht angemeldet hat.[12] Es ist also durchaus nicht notwendig, daß außer dem Patentsucher noch ein anderer auf denselben Gegenstand eine — frühere — Anmeldung eingereicht hat. Vielmehr hat auch ohne Konkurrenz einer früheren Anmeldung der Patentsucher einen Anspruch auf das Patent schon dann nicht, wenn er nicht gemeldet hat.

Das Gesetz sagt aber weiter, es müsse eine Anmeldung „nach Maßgabe des Gesetzes" sein. Wenn diese Bestimmung wörtlich ausgelegt werden muß, so ergäbe sich, daß bei Nichtbeachtung irgend einer Formvorschrift ein Anspruch auf Erteilung des Patentes nicht entstünde und demgemäß nach § 24 der Einspruch auf das Fehlen irgendeiner vorgeschriebenen Form gestützt werden dürfte. Bedenken gegen diese wörtliche Auslegung scheinen darin zu liegen, daß der § 21, Abs. 2 und 3 P. G. bestimmt: „Erscheint (dem Vorprüfer) die Anmeldung als den vorgeschriebenen Anforderungen (§ 20) nicht genügend, so wird durch Vorbescheid der Patentsucher aufgefordert, die Mängel innerhalb einer Frist zu beseitigen. Erklärt sich der Patentsucher auf den Vorbescheid nicht rechtzeitig, so gilt die Anmeldung als zurückgenommen; erklärt er sich innerhalb der Frist, so faßt die Anmeldeabteilung Beschluß." Daraus folgt, daß der Patentsucher die formell ungenügende Anmeldung noch nachträglich ergänzen kann, auch wenn er nicht allen Formvorschriften des Gesetzes genügt hat. Es ist nicht

[11] Seite 305.

[12] In der Reichstagskommission zur Beratung des Gesetzes von 1877 war der Antrag gestellt worden, den § 3 so zu fassen: „Auf die Erteilung des Patentes hat der Erfinder oder sein Rechtsnachfolger Anspruch. Bis zum Beweis des Gegenteiles wird derjenige als Erfinder betrachtet, welcher die Erfindung zuerst nach Maßgabe dieses Gesetzes angemeldet hat." Dieser Antrag wurde von der Kommission abgelehnt. Damit hat die Kommission klar zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht dem Erfinder den Anspruch gewähren will, sondern nur dem Anmelder. Wer also nicht anmeldet und sei es auch der Erfinder, hat keinen Anspruch auf das Patent.

bestritten, daß, wenn die Formmängel nachträglich rechtzeitig, d. h. vor der Beschlußfassung durch die Abteilung, ergänzt werden, die Priorität von dem Tag der Einreichung der zunächst mangelhaften Anmeldung rechnet. Daraus folgt weiter: Schon die prozessual mangelhafte Anmeldung kann den Anspruch auf Erteilung des Patentes geben, aber nicht schlechthin, sondern nur *vorbehaltlich der späteren Behebung der Mängel*.[13] Denn §§ 22 P. G. bestimmt: „Ist durch die Anmeldung den vorgeschriebenen Anforderungen (§ 20) nicht genügt, so wird die Anmeldung von der Abteilung zurückgewiesen.“ Hieraus ergibt sich klar und deutlich, daß ein Anspruch auf Erteilung des Patentes nicht mehr bestehen kann, wenn z. Zt. der Beschlußfassung durch die Abteilung die Anmeldung noch mit prozessualen Mängeln behaftet ist, denn sonst dürfte die Abteilung die Anmeldung doch nicht zurückweisen.[14] Entstanden ist ursprünglich der Anspruch auf Erteilung des Patentes auch durch die mangelhafte Anmeldung, das ist weiter oben nachgewiesen. Zur Zeit der Abweisung der Anmeldung durch die Abteilung besteht der Anspruch aber nicht mehr. Also muß er wieder erloschen sein, und zwar ist er erloschen infolge der nicht rechtzeitigen Beseitigung der Mängel. Wir haben es also mit einer regelrechten Resolutiv-Bedingung zu tun. Doch besteht diese Bedingung nicht lediglich in der nicht rechtzeitigen Beseitigung der Mängel, vielmehr muß außerdem noch eine Rüge, sei es durch den Vorprüfer oder die Anmeldeabteilung, dazukommen. Denn Abs. 2 § 22 schreibt vor: „Soll die Zurückweisung auf Grund von Umständen erfolgen, welche nicht bereits durch Vorbescheid dem Patentsucher mitgeteilt waren, so ist demselben vorher Gelegenheit zu geben, sich über diese Umstände binnen einer bestimmten Frist zu äußern.“

Sonach ergibt sich der Satz: unerläßliche Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs auf das Patent ist: 1. Anmeldung überhaupt, 2. Priorität dieser Anmeldung. Formelle Korrektheit der Anmeldung „nach Maßgabe des Patentgesetzes“ ist zunächst nicht Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs. Denn auch die formell inkorrekte Anmeldung läßt einen Anspruch auf das Patent zunächst entstehen, aber in diesem Fall entsteht kein unbedingter Anspruch, sondern nur ein auflösend bedingter. Fehlt also eine Anmeldung überhaupt, oder hat sie nicht Priorität, so ist kein Anspruch auf das Patent entstanden. War die Anmeldung formell mangelhaft und wurden die Mängel trotz amtlicher Rüge nicht beseitigt, so ist der zunächst zwar entstandene Anspruch infolge Eintritts der auflösenden Bedingung wieder weggefallen.

---

[13] Lutter § 20, Anmerkung 1. (S. 152).

[14] Seligsohn in Kohler's Festschrift S. 237, definiert mit Recht diesen Anspruch auf Erteilung des Patentes dahin: „Das heißt, das Patentamt *muß*, wenn es die Voraussetzung als vorliegend festgestellt hat, das Patent erteilen.“

§ 4. „Zivilistische" und „prozessuale" Anmeldung.

Im Anschluß an den vorigen § ist noch zu erörtern die Frage: Wann fehlt eine „Anmeldung überhaupt", richtiger, welches Minimum von Voraussetzungen ist erforderlich, damit die Anmeldung den Anspruch auf das Patent zunächst wenigstens, wenn auch bedingt, erzeugen kann? Formelle Korrektheit der Anmeldung ist hierzu nicht erforderlich. Was also dann? Sinn und Zweckbestimmung der Anmeldung ist es, den Willen, auf eine bestimmte Erfindung ein Patent zu erlangen, zum Ausdruck zu bringen. Die Anmeldung ist also eine Willenserklärung. Neben der selbstverständlichen Voraussetzung, daß sie diesen Willen erklären und dabei die Erfindung, auf die sie das Patent beansprucht, offenbaren muß, muß die Anmeldung diejenigen Erfordernisse erfüllen, die das bürgerliche Recht an jede Willenserklärung stellt: der Erklärende darf nicht rechts- oder geschäftsunfähig sein. Weitere allgemeine Voraussetzungen stellt aber das bürgerliche Recht an die Willenserklärung nicht. Erfüllt also die Anmeldung diese Erfordernisse, so erzeugt sie den Anspruch auf das Patent und dessen Priorität, wenn auch vielleicht bloß auflösend bedingt, je nachdem die Formalien in Ordnung sind oder nicht. Entsteht sonach der Anspruch *schon* beim Vorliegen dieser wenigen Voraussetzungen, so entsteht er andererseits *nur* bei ihrem Vorliegen. Auch die formell korrekte Anmeldung erzeugt den Anspruch nicht, wenn beispielsweise der Anmelder eine nicht rechtsfähige Stiftung oder eine geisteskranke und deshalb geschäftsunfähige physische Person ist.

Mit Rücksicht auf all dieses zerlegt Kohler [15] die Anmeldung in die zivilistische und prozessuale Anmeldung. Zivilistisch nennt er sie, soweit sie den Erfordernissen einer Willenserklärung, also eines zivilistischen Rechtsgeschäftes, entspricht und sonach im Sinne vorstehender Ausführungen Anspruch und Priorität erzeugt. Prozessual, oder rechtspolizeilich, nennt er die Anmeldung, soweit sie die Grundlage des Erteilungsverfahrens bilden soll und deshalb den vorgeschriebenen Formerfordernissen entsprechen muß, wenn anders die Anmeldung nicht abgewiesen werden soll. Dieser Konstruktion und Terminologie Kohler's wird hier gefolgt werden.[16] Dabei mag betont werden, daß prozessuale Anmeldung im Sinne Kohler's nichts anderes bedeutet, als das, was das Patentgesetz „Anmeldung nach Maßgabe dieses Gesetzes" heißt; diese prozessuale Anmeldung muß also einhalten zunächst die Vorschriften des § 20 P. G., die auf dessen Grund ergangenen

---

[15] Kohler, Handbuch S. 279.

[16] Der Ansicht Kohler's über die Trennung der Anmeldung in zivilistische und rechtspolizeiliche schließen sich an: Isay § 3, Anm. 8, Damme S. 206, Osterrieth S. 85, dagegen Seligsohn Anm. 6, § 3 und Allfeld S. 58.

„Bestimmungen über die Anmeldung von Erfindungen vom 22. November 1898", ferner die Vorschriften des § 12 P. G., sowie der ZPO. über die Prozeßfähigkeit, die unbestritten auf das Patentgesetz Anwendung zu finden haben.[17]

§ 5. Mängel der zivilistischen Anmeldung als Einspruchsgründe.

Nachdem oben in § 3 vergl. mit § 4 nachgewiesen worden ist, daß ein Anspruch auf das Patent nicht besteht, wenn nicht wenigstens eine zivilistische Anmeldung im Sinne Kohler's vorliegt, ergibt sich für den § 24, Abs. 2 P. G. die notwendige Schlußfolgerung: Der Einspruch kann darauf gegründet werden, daß eine zivilistische Anmeldung überhaupt nicht vorliege. Eine zivilistische Anmeldung fehlt aber nicht bloß dann, wenn sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (Geschäfts- oder Rechtsunfähigkeit) überhaupt nie vorgelegen hat, sondern auch dann, wenn sie zwar vorgelegen hat, aber wieder weggefallen ist, wenn sie also nicht mehr vorliegt, so, wenn sie zurückgenommen ist oder vom Gesetz als zurückgenommen fingiert wird. Demnach ergeben sich folgende, auf das Fehlen einer zivilistischen Anmeldung gegründete, Einspruchsbegründungen[18] rein prozessualer Natur:

1. Der Anmelder sei nicht rechtsfähig,
2. der Anmelder sei nicht geschäftsfähig,
3. die Anmeldung sei zurückgenommen,
4. die Anmeldung gelte als zurückgenommen, weil der Patentsucher sich nicht rechtzeitig auf den Vorbescheid erklärt habe,[19]
5. daß überhaupt keine Anmeldung vorliege,
6. daß teilweise keine Anmeldung vorliege, insofern die Bekanntmachung (§ 23) mit der Anmeldung nicht übereinstimme,[20]

---

[17] Kent, Einl. zu § 20, Note 6, Seligsohn, Vorbemerkung zum 3. Abschnitt, Anm. 5.

[18] so tatsächlich Seligsohn Note 5 zu § 24, und Rhenius in Glaser's Annalen Band 28, S. 174.

[19] Der Vorbescheid wegen prozessualer Mängel hat gemäß § 21, Abs. 2 zu lauten: „Die Mängel innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen." Trotzdem verlangt das Gesetz nicht, daß diese Mängel innerhalb der Frist auch tatsächlich beseitigt werden, es begnügt sich vielmehr gemäß Abs. 4, § 21 damit, daß der Anmelder sich innerhalb der ihm gesetzten Frist auf den Vorbescheid äußert. Die Beseitigung selbst kann er noch nach Ablauf der Frist vornehmen, wenn dies nur noch vor dem Beschluß der Abteilung (§ 22) erfolgt, siehe auch Rhenius in Glaser's Annalen B. 28, S. 174.

[20] So Ephraim Patentrecht für Chemiker S. 248.

7. daß der anmeldende Vertreter ohne Vertretungsvollmacht sei. Denn in diesem Falle hat der Vertreter nicht für sich angemeldet und seine Anmeldung für die angeblich vertretenen ist mangels einer Vollmacht für den Vertretenen unwirksam.

Als 8. Einspruchsgrund könnte noch in Betracht kommen die Behauptung, die Anmeldung enthalte nicht die Offenbarung einer Erfindung. Allein dieser Einspruchsgrund fällt schon unter den ersten Einspruchsgrund des § 24 P. G., seine Zulässigkeit braucht deshalb nicht erst auf dem Umweg über die Anmeldung begründet zu werden.

§ 6. Mängel der prozessualen Anmeldung als Einspruchsgründe.

Im vorigen § ist der Standpunkt vertreten, der Einspruch könne darauf gestützt werden, daß der Anmelder sich auf den Vorbescheid nicht rechtzeitig geäußert habe, die zivilistische Anmeldung deshalb kraft des Gesetzes als zurückgenommen gelte. Nach § 21 P. G. kann der Vorbescheid sowohl wegen materieller (Abs. 3 das.) als auch wegen prozessualer (Abs. 2 das.) Mängel der Anmeldung erlassen werden. War die Anmeldung prozessual mangelhaft und der Vorbescheid wegen dieser prozessualen Mängel seinerzeit gem. Abs. 2 § 21 erlassen worden, so war, wie oben in § 3 nachzuweisen versucht wurde, mit der prozessual mangelhaften Anmeldung zunächst ein resolutiv bedingter Anspruch auf das Patent entstanden. Durch die Rüge seitens des Vorprüfers und Nichtäußerung hierauf seitens des Anmelders war jedoch die Resolutivbedingung eingetreten. Wird in diesem Falle vom Einsprechenden geltend gemacht, die zivilistische Anmeldung sei infolge Nichtäußerung auf diesen prozessualen Vorbescheid weggefallen, so heißt das im Sinne der obigen Konstruktion: es wird der Wegfall der zivilistischen Anmeldung infolge Eintritts der Resolutivbedingung geltend gemacht.

Es fragt sich nun: Kann der Einsprechende auch geltend machen, die Resolutivbedingung sei zwar noch nicht eingetreten, aber doch wenigstens noch nicht ausgefallen? Erste Voraussetzung hierzu ist, daß auch zur Zeit der Einspruchsmöglichkeit, also nach der Bekanntmachung gemäß § 23 P. G., die Abteilung einen prozessualen Mangel der Anmeldung noch rügen kann, auch wenn der Vorprüfer, und die Abteilung bei der Beschlußfassung über die Bekanntmachung, ihn übersehen haben sollte. Dies ist unbedenklich zu bejahen. Denn im Abs. 3 § 24 ist nicht bestimmt, daß für die Beschlußfassung im nunmehrigen Stadium etwas anderes gelten solle als in dem früheren Stadium vor der Beschlußfassung über die Bekanntmachung. Findet also die Abteilung, wenn sie nach

Ablauf der Einspruchsfrist zur Beschlußfassung gem. § 24, Abs. 3 schreiten will, daß die Anmeldung prozessual mangelhaft ist, so hat sie gem. § 22 Abs. 2 dem Anmelder ihre Bedenken unter Fristsetzung mitzuteilen; stellt er den Mangel nicht ab, so hat die Abteilung die Anmeldung gem. Abs. 1 § 22 auch jetzt noch zurückzuweisen.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß positive Gesetzesvorschriften der Möglichkeit nicht entgegenstehen, mittels Einspruchs auf das Schweben der Resolutivbedingung hinzuweisen. Auch der Wortlaut des § 24, Abs. 2, der als Einspruchsbegründung die Behauptung vorschreibt, „daß ein Einspruch auf das Patent nach § 3 nicht zustehe", steht nicht entgegen; denn der Anspruch steht ja tatsächlich, solange die Bedingung schwebt, noch nicht endgiltig zu. Dagegen spricht der Wortlaut des § 3 direkt für die Möglichkeit dieser Einspruchsbegründung. Denn Abs. 1 dieses § gewährt den Anspruch auf das Patent dem, der „nach Maßgabe des Gesetzes angemeldet" hat.

Es ist deshalb eine reine Frage der Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung der ratio legis, ob man es als genügende Einspruchsbegründung im Sinne des § 24, Abs. 2 vergl. mit § 3 ansehen will, wenn der Einsprechende einen vom Vorprüfer oder der Abteilung noch nicht gerügten prozessualen Mangel der Anmeldung geltend macht mit dem Hinweis, so lange dieser Mangel nicht beseitigt sei, sei die Resolutivbedingung noch nicht ausgefallen, der nachmalige Wegfall des Anspruchs auf das Patent also noch möglich. Pflicht der Anmeldeabteilung ist es, die materiellen Voraussetzungen sowohl wie die prozessualen allseitig zu prüfen, und wenn sie einen Mangel findet, gleichgiltig ob materiell oder prozessual (vergl. § 22, Abs. 1 erster Fall), die Anmeldung gegebenenfalls zurückzuweisen. Um möglichst gründliche Prüfung zu gewährleisten, hat das Gesetz das Aufgebotverfahren eingeführt: durch öffentliche Bekanntmachung der Anmeldung sollen die weitesten Kreise zur Mitprüfung herangezogen werden und ihre Bedenken in Form des Einspruchs dem Patentamt unterbreiten. Es kann nicht als im Sinne des Gesetzes gelegen angesehen werden, daß die Mitwirkung des Publikums gerade bei der Rüge prozessualer Mängel halt mache. Gerade da, wo Vorprüfer und Abteilung die Abstellung eines von ihnen pflichtgemäß zu beachtenden Mangels übersehen haben — und nur diese Fälle kommen ja hier in Frage —, ist es bloß erwünscht, wenn die Abteilung noch von anderer Seite aufmerksam gemacht wird, zumal da, wie unten nachgewiesen werden wird, mit der Patenterteilung alle prozessualen Mängel der Anmeldung heilen. Nun ist allerdings darüber alles einig, daß es jedermann in jedem Stadium des Verfahrens überlassen ist, allerlei Bedenken, auch solche formeller Art, gegen die Patenterteilung

geltend zu machen, wenn er nur nicht die Stellung eines Einsprechenden für sich in Anspruch nimmt.[21] Gibt man das zu, warum sollte es dann nicht auch tunlich sein, dem innerhalb der gesetzlichen Frist prozessuale Mängel der Anmeldung Rügenden auch die Rolle des Einsprechenden zuzuweisen? Bedenken wären vielleicht noch am Platz, wenn diese Stellung so außerordentlich weittragend wäre. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Dunkhase[22] weist mit Recht darauf hin, daß im Erteilungsverfahren I. Instanz „der Einsprechende praktisch keine wesentlich andere Stellung einnimmt, als jeder andere, der dem Patentamt Material zugänglich macht, und seine Hilfe anbietet". Die Bedeutung der Stellung des Einsprechenden besteht also im wesentlichen darin, daß er das Recht der Beschwerde gegen den Erteilungsbeschluß gem. § 26 P. G. hat. Diese Möglichkeit kann aber bloß erwünscht sein, wenn die Anmeldeabteilung nicht für Beseitigung des gerügten Mangels gesorgt haben sollte.

Es muß sonach als im Sinne des Gesetzes, dessen Wortlaut es nicht widerstreitet, angesehen werden, daß auch der Hinweis auf das Schweben der Resolutivbedingung und die dadurch bedingte Möglichkeit des Wegfalls der zivilistischen Anmeldung durch nachmaligen Eintritt der Resolutivbedingung unter den 3. Einspruchsgrund des § 24, Abs. 2 P. G. fällt. Damit ergibt sich die Möglichkeit, den Einspruch darauf zu stützen, die Anmeldung sei „nicht nach Maßgabe des Patentgesetzes" erfolgt. Im einzelnen ergibt dies folgende Einspruchsbegründungen:

1. Mangel der Prozeßfähigkeit (§ 50 Z. P. O.).
2. Anmeldung eines Auslandsbewohners ohne inländischen Vertreter (§ 12 P. G.).
3. Mangel der Schriftlichkeit (§ 20, Abs. 1, Satz 1).
4. Anmeldung mehrerer Erfindungen in einer Anmeldung[23] (daselbst, Satz 2).
5. Ungenaue Beschreibung — sofern nicht schon ein Mangel der zivilistischen Anmeldung dadurch begründet ist, oder der erste Einspruchsgrund des § 24 zutrifft — (daselbst, Satz 3 und 4).
6. Fehlen eines Patentanspruchs (daselbst, Satz 5).
7. Fehlen der erforderlichen Zeichnungen usw. (daselbst, Satz 6).

---

[21] s. Adler, GUR 08, S. 165.

[22] „Stellung des Einsprechenden im Patenterteilungsverfahren" GUR. 07, S. 11 ff.

[23] a. M. Patentamt in seinen Entscheidungen PMZBl. Band 8. S. 130 und S. 154. Dort nimmt jedoch das Patentamt nicht grundsätzlich Stellung zu der Frage, sondern erörtert die andere Frage, was der Satz 2 Abs. 2 § 24 mit den Worten „mit Gründen versehen" meine. Das Patentamt kommt hier zu dem Resultat, der Satz 3 des Abs. 2

8. Verstoß gegen die Bestimmungen des Patentamtes vom 22. November 1898 (daselbst, Absatz 2).
9. Nichtzahlung der Anmeldegebühr (daselbst, letzter Satz).

§ 7. Verfahrensmängel, die keine Einspruchsgründe sein können.

Alle die in den beiden vorerwähnten §§ aufgeführten Prozeßmängel sind nur um deswillen Einspruchsgründe, weil sie durch den gesetzlichen Einspruchsgrund „Mangel eines Anspruchs nach § 3" mitumfaßt werden. Andere Prozeßmängel können wegen des entgegenstehenden Wortlautes des Gesetzes, das die Mängel abschließend aufzählt, nicht als Einspruchsgründe anerkannt werden. Die Ansicht Ephraim's (oben § 2), der auch die Beteiligung des Mitgliedes, das den Vorbescheid erlassen hat, an der Beschlußfassung über die Bekanntmachung für einen Einspruchsgrund erklärt, findet im Gesetz keine Stütze. Ebensowenig kann demnach der Gesichtspunkt Ephraim's in Betracht kommen, der unterschieden wissen will zwischen Vorschriften, die die Allgemeinheit betreffen, und solchen, die ausschließlich das Verhältnis zwischen Anmelder und Patentamt berühren. Vielmehr ist daran festzuhalten: Nur solche formale Mängel, die den Anspruch auf Erteilung des Patentes entweder nicht zur Entstehung gelangen lassen, oder die den zunächst entstandenen Anspruch wieder beseitigen, sind Einspruchsgründe, sie aber auch a l l e, mögen sie scheinbar bedeutend oder unbedeutend sein. Ihre Bedeutung erlangen sie eben dadurch, daß sie nach vorausgegangener Rüge durch den Vorprüfer oder das Patentamt und nachfolgender nicht rechtzeitiger Beseitigung den Anspruch wieder zu vernichten im Stande sind. Und eben weil sie hierzu im Stande sind, kann man von ihnen nie sagen, sie berühren bloß das Verhältnis zwischen Anmelder und Patentamt. Vielmehr können sie weitgehendst auch für die Allgemeinheit Bedeutung erreichen.

---

§ 24, der die Einspruchsgründe aufzählt, beabsichtige nicht, zu erklären, was unter „Gründen" i. S. des vorangegangenen Satzes 2 zu verstehen sei, sondern wolle nur „die Grenze ziehen, innerhalb welcher Einspruch geltend gemacht werden könne und habe insbesondere ausschließen wollen, daß z. B. wegen Mangels der Einheitlichkeit oder des Zusatzverhältnisses usw. eingesprochen werde." In der 2. Entscheidung (das. S. 154) versucht das Patentamt diesen seinen Standpunkt damit zu begründen, daß es kurz erwähnt, es handle sich bei diesen Mängeln um Dinge „die allein der Offizialprüfung des Patentamtes unterliegen." Damit beweist das Patentamt nichts. Auch die materiellen Voraussetzungen der §§ 1 und 2 unterliegen gleicherweise der Offizialprüfung durch das Patentamt und können trotzdem mit Einspruch geltend gemacht werden. Meinungsverschiedenheit mit dem Patentamt besteht übrigens bloß bezüglich des Mangels der Einheitlichkeit der Erfindung. Mangel des Zusatzverhältnisses ist auch nach dem in dieser Arbeit ver-

B) Beschwerdeverfahren.

§ 8. Prozeßmängel als Beschwerdegründe.

Das Gesetz zählt keine besonderen Beschwerdegründe auf. Daraus muß geschlossen werden, daß die Beschwerde auf jeden Grund gestützt werden kann. Es muß deshalb auch als zulässig gelten, prozessuale Verstöße mit der Beschwerde zu rügen. Adler[24] meint, nur die aus anderen Gründen angerufene Beschwerdeabteilung dürfe prozessuale Verstöße von amtswegen beachten. Demgegenüber erscheint es durchaus unbedenklich, daß die Beschwerde direkt und ausdrücklich bloß auf Verletzung irgendeines prozessualen Verstoßes gestützt wird, ohne daß sie dadurch „unzulässig" würde. (Ob sie freilich materiell Erfolg hat und die angefochtene Entscheidung inhaltlich abzuändern vermag, ist eine Frage für sich, die mit der Frage der Zulässigkeit nichts zu tun hat.) Die Beschwerde braucht ja überhaupt gar nicht begründet zu werden, es genügt vielmehr nach der Praxis des Patentamtes als Beschwerdeeinlegung die Einsendung der Beschwerdegebühr unter Angabe der Bestimmung derselben, etwa auf dem Abschnitt der Postanweisung.[25] Umsomehr muß es als genügende Beschwerdeeinlegung angesehen werden, wenn der Beschwerdeführer anstatt gar keine Begründung zu geben, auf proprozessuale Verstöße verweist.

Dieser Grundsatz findet seine selbstverständliche Grenze in den übrigen Einschränkungen der Beschwerde. Zunächst ist zu beachten, daß die Beschwerde überhaupt nur zulässig ist, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist.[26] Ist beispielsweise das Patent wie beantragt erteilt, so kann der Anmelder überhaupt nicht Beschwerde einlegen, und umgekehrt: ist das Patent versagt, so kann der Einsprecher im Normalfall ebenfalls keine Beschwerde einlegen, da beide in diesem Fall nicht beschwert sind. Ist aber einer dieser Beiden beschwert und seine Beschwerde an sich zulässig, so mag er diese Beschwerde auf jeden beliebigen prozessualen Verstoß stützen. Denn es mag wohl keine prozessuale Vorschrift geben, die nicht wenigstens ein Minimum von Einfluß auf die Sachentscheidung haben kann. Ist

---

tretenen Standpunkt nicht als Einspruchsgrund anzusehen, da dies kein Mangel der Anmeldung ist. Diese nur beiläufig geäußerte abweichende Ansicht des Patentamtes kann, zumal angesichts ihrer unzutreffenden Begründung, die hier vertretene Auffassung der ganzen Frage nicht erschüttern. In einer grundsätzlichen Entscheidung zu der ganzen Frage Stellung zu nehmen, hat das Patentamt offenbar noch keine Gelegenheit gehabt.

[24] GUR. 08, Seite 165 am Anfang.

[25] Seligsohn, Seite 339 und die dort befindlichen weiteren Zitate.

[26] Kent, N 24, zu § 26.

doch das ganze Prozeßverfahren wenigstens im Grundsatze dazu da, materiell richtige Entscheidungen zu fördern.

Ist das Patent erteilt, ohne daß Einspruch erhoben ist, so fehlt es überhaupt an einem Beschwerdeberechtigten. Der Anmelder hat kein Beschwerderecht, weil er nicht beschwert ist und sonst ist niemand da, der Beschwerde erheben könnte; denn außer dem Anmelder ist nach § 26 P. G. beschwerdeberechtigt nur der, der Einspruch eingelegt hatte. Voraussetzung der Beschwerde gegen den Patenterteilungsbeschluß ist also immer, daß ein zulässiger Einspruch vorgelegen hat. Daß dieser Einspruch auch auf die oben in §§ 5 und 6 aufgeführten formalen Mängel der Anmeldung gestützt werden kann, ist dort nachgewiesen worden. Selbstverständlich kann, wenn die Anmeldeabteilung den Einspruch sachlich nicht für begründet hält, der Einspruchsgrund, gegebenenfalls also einer der genannten Mängel, nochmals der Beschwerdeabteilung unterbreitet werden. Denn dazu ist ja die Beschwerdeabteilung da. Der Einsprechende kann aber, wenn er nur einen giltigen Einspruchsgrund im Einspruchsverfahren vorgebracht hat, falls er beschwert ist, auch noch jeden anderen prozessualen Mangel, der an sich nicht Einspruchsgrund wäre, mit Beschwerde geltend machen. Denn es ist ja eingangs dieses Paragraphen gezeigt worden, daß nur ein giltiger Einspruch und eine Beschwerung des Beschwerdeführers Voraussetzung der Beschwerde gegen den Patenterteilungsbeschluß ist, die Begründung dagegen freisteht.

Ist andererseits kein zulässiger Einspruch vorhanden, beispielsweise, wenn der Einspruch einen Prozeßmangel rügt, der nicht zu den oben in §§ 5 und 6 aufgeführten gehört, so hat die Beschwerdeabteilung gar nicht sachlich über den Inhalt der Beschwerde zu entscheiden,[27] vielmehr die Beschwerde, mag sie noch so gewichtige sachliche Gründe vorbringen, als unzulässig zurückzuweisen. Es ist also selbstverständlich, daß der Beschwerdeführer in diesem Fall den schon als Einspruchsgrund unzulässig geltend gemachten Prozeßmangel nicht als Beschwerdegrund wirksam vorbringen kann. Ebensowenig kann er aber einen formalen Mangel geltend machen, auch wenn dieser an sich einen gültigen Einspruchsgrund abgegeben hätte. Denn ein Beschwerderecht steht ihm eben in diesem Falle gar nicht zu.

Noch weniger kann selbstverständlich jemand, der gar keinen Einspruch eingelegt hat, irgendeinen prozessualen Verstoß mit der Beschwerde rügen, denn auch hier wird die Beschwerdeabteilung sachlich mit der Angelegenheit gar nicht befaßt, sondern hat bloß die Beschwerde als unzulässig abzuweisen, ohne in der Sache selbst nachprüfen zu dürfen.

---

[27] Kent, § 26, N 23.

Mit diesen aus der Natur des patentrechtlichen Beschwerderechtes sich ergebenden Einschränkungen gilt also der Grundsatz: Jeder prozessuale Verstoß kann zur Begründung der Beschwerde nach § 26 P. G. dienen.

II. Prozeßverstöße als Nichtigkeitsgründe.

A) Der derzeitige Stand der Streitfrage.

§ 9. Die bisherige Rechtsprechung.

Bis in die jüngste Zeit herein bestand zwischen dem Reichsgericht und dem Patentamt ein schroffer Gegensatz über die Frage, ob ein Patent deshalb für nichtig erklärt werden könne, weil im Erteilungsverfahren Prozeßverstöße vorgekommen seien. Bei den Fällen, die zur Entscheidung gelangten, war nach der erfolgten Bekanntmachung der Anmeldung noch eine wesentliche Aenderung der Beschreibung zugelassen worden. Infolgedessen stimmte der Erteilungsbeschluß mit der bekanntgemachten Anmeldung nicht überein; die schließlich patentierte Erfindung war also, wenigstens teilweise, weder veröffentlicht noch ausgelegt. In seiner Entscheidung vom 11. Juli 1900[28] führt das Reichsgericht aus: „Mit der (bekanntgemachten) Anmeldung muß der Erteilungsbeschluß sachlich übereinstimmen. Ist das nicht der Fall, so steht der Richter dem Erteilungsbeschluß und der ihm entsprechenden Patenturkunde mit nicht geringerer Befugnis gegenüber als einem Gesetz, welches nicht verfassungsmäßig zu Stande gekommen ist. Ein solches Gesetz ist er . . . berechtigt und sogar verpflichtet, als Gesetz nicht gelten zu lassen. . . . Die Folge ist, daß bei einer den ganzen Gegenstand umfassenden Nichtübereinstimmung zwischen dem Erteilungsbeschluß und der bekanntgemachten Anmeldung überhaupt ein Patent nicht als erteilt gelten kann, weil, was gewährt, nicht öffentlich begehrt, und was öffentlich begehrt, nicht gewährt worden ist."

Denselben Standpunkt nimmt es in seiner Entscheidung vom 12. Februar 1902[29] ein. Mit dem Bedenken, daß der § 10 P. G. nur drei Nichtigkeitsgründe aufzählt, findet sich das Reichsgericht durch folgende Erwägungen ab: „die hier (nämlich im § 10) erwähnten besonderen Fälle der Nichtigkeitserklärung eines Patentes, die sich auf das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen eines gültigen Patentrechtes in objektiver und subjektiver Hinsicht beziehen, bedurften einer besonderen gesetzlichen

---

[28] PMZBl. 00, Seite 386 und RGZ 46, Seite 175.
[29] PMZBl. 02, Seite 113 und RGZ Band 50, Seite 196.

Erwähnung und Ausprägung. Daß ein mit einem wesentlichen formellen Entstehungsmangel behaftetes Patent für nichtig erklärt werden kann und muß, ist selbstverständlich und bedurfte keiner Erwähnung."

In derselben Entscheidung geht das Reichsgericht auch noch auf die Frage ein, ob eine derartige Nichtigkeit aus prozessualen Gründen ebenfalls nur mit der Nichtigkeitsklage des Patentgesetzes vor der Nichtigkeitsabteilung, oder auch z. B. einredweise im Patentverletzungsprozeß vor dem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden dürfe. Das Reichsgericht hält beide Wege für zulässig. Die Folge eines derartigen Mangels sei, so wird nämlich angeführt, daß „im Patentverletzungsprozeß die Klage auf Untersagung oder Schadenersatz abzuweisen, im Nichtigkeitsverfahren dagegen auf Vernichtung des Scheinpatents zu erkennen" sei.

In einer weiteren Entscheidung vom 18. April 1906[30] hält es zwar diesen Standpunkt noch aufrecht, betont jedoch ausdrücklich, daß ein Patent — abgesehen von den Fällen des § 10 — nur wegen eines wesentlichen Mangels des Aufgebots vernichtet werden könne.

Dieser Auffassung ist, wie gesagt, das Patentamt nicht gefolgt. In ihrer Entscheidung vom 18. Juni 1903[31] führt die Nichtigkeitsabteilung aus: „. . . Der Richter steht einem endgiltigen Patent nicht wesentlich anders gegenüber, als einem rechtskräftigen Urteil, dessen Wirkung von der vorangegangenen Beobachtung prozessualer Vorschriften nicht abhängt . . . ein rechtskräftiges Urteil, dem der endgiltige Erteilungsbeschluß wohl am nächsten steht, kann durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden. Auch nach fehlerhaftem Verfahren ist das Urteil nicht ohne weiteres nichtig. So setzt auch das Patentgesetz einerseits durch die Abgrenzung der Zuständigkeit, andererseits durch die Regelung eines Nichtigkeitsverfahrens voraus, daß . . . ein von dem Patentamt endgiltig erteiltes . . . Patent die in den §§ 4 und 35 ff. des P. G. festgesetzten Wirkungen hat und im gerichtlichen Verfahren nicht ohne weiteres als nicht erteilt behandelt werden dürfe."

Erst in seinem Urteil vom 5. November 1910[32] hat das Reichsgericht seinen bisherigen Standpunkt aufgegeben und sich zur Ansicht des Patentamtes bekannt. In den Gründen — es handelt sich wieder um Mängel des Aufgebots — heißt es:

„Es steht nicht ein formeller Mangel des Patenterteilungs*aktes* in Frage, also nicht ein Fall, wo etwa Zweifel möglich

---

[30] PMZBl. 1907, Seite 2.
[31] daselbst, 1904, Seite 189 und Gareis Band 4, S. 58.
[32] RGZ 74, Seite 395.

wären, ob überhaupt ein Patent erteilt sei. Vielmehr handelt es sich nur darum, daß in dem der formellen Patenterteilung vorangegangenen, diese vorbereitenden Verfahren die Vorschriften des Patentgesetzes nicht beobachtet worden sein sollen, welche die vorgängige Bekanntmachung der Anmeldung verlangen. Nun könnte das Gesetz allerdings angeordnet haben, daß ein Verstoß gegen dieses Gebot die Nichtigkeit des Patenterteilungsaktes herbeiführe. Selbstverständlich ist aber eine solche Folge nicht. Die Vergleichung mit einem nicht verfassungsmäßig zu Stande gekommenen Gesetz kann schon deshalb nicht durchschlagen, weil es sich bei der Unterlassung des Aufgebotes nicht um Ausschaltung eines zur Mitwirkung beim Erteilungsbeschluß berufenen Faktors handelt. . . . Es wäre . . . wenig angemessen, wenn ein Patent, das sich im Nichtigkeitsverfahren als materiell gerechtfertigt ausgewiesen hätte, deswegen vernichtet werden müßte, weil die Prüfung der gleichen Ansprüche nicht schon vorher im Einspruchsverfahren erfolgt war."

§ 10. Die Ansichten der Literatur.

Ebenso wie das Patentamt und das Reichsgericht vertreten die Schriftsteller zwei vollständig entgegengesetzte Standpunkte, die einen, indem sie Prozeßmängel als Nichtigkeitsgründe grundsätzlich nicht gelten lassen, die anderen, indem sie einen Prozeßmangel grundsätzlich als Nichtigkeitsgrund anerkennen.

Bei dieser reinlichen Scheidung der Ansichten bleibt es jedoch nicht. Es herrscht vielmehr unter den Schriftstellern der letztgenannten Richtung noch weiterhin Streit darüber, ob jeder Verfahrensmangel Nichtigkeit begründen könne, oder nur „wesentliche" Mängel, und dann wieder, welche Mängel wesentlich seien. Auch die Schriftsteller der erstgenannten Gruppe durchbrechen gelegentlich ihre Regel durch Ausnahmen. Alles in allem ist also die Streitfrage nichts weniger als geklärt und eine sogenannte herrschende Meinung nicht festzustellen.

Verfahrensmängel als Nichtigkeitsgrund lehnen grundsätzlich ab folgende Schriftsteller:

1. **Seligsohn**[33]: „Der § 10 führt die Nichtigkeitsgründe abschließend auf, andere gibt es nicht. . . . die Analogie der ZPO., welche nur aus ganz bestimmten Gründen die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil abgeschlossenen Verfahrens mittels Nichtigkeits- und Restitutionsklage gestattet, führt dahin, daß die Entscheidung, welche in dem in ordnungsmäßigem Instanzenzug abgeschlossenen Patentverfahren ergeht, nur auf Grund der im § 10 ausdrücklich aufgeführten Nichtigkeitsgründe angefochten werden kann."

---

[33] Anmerkung 13 zu § 10.

2. **Kent**[34]: „Außer den im Gesetz ausdrücklich genannten gibt es weitere Nichtigkeitsgründe nicht." . . . „Mängel des Verfahrens können wegen der erschöpfenden Regelung der Nichtigkeitsgründe des § 10 P. G. als Grund für die Nichtigkeitserklärung nicht verwendet werden."

3. **Robolski**[35]: „Nur auf Grund der im § 10 bezeichneten Gründe ist eine Nichtigkeitserklärung zulässig. Sonstige Verletzungen der Vorschriften des Patentgesetzes über die Erteilung des Patentes begründen keine Nichtigkeit."

4. **Lutter**[36]: „Die Gründe sind in § 10 erschöpfend angegeben. . . . Ausgeschlossen ist insbesondere die Nichtigkeitserklärung wegen formeller Mängel der Anmeldung."

5. **Damme**[37]: „Wenn das Patentgesetz die Nichtigkeit eines Patentes aus formellen Gründen nicht kennt, so folgt daraus, daß es ein solche hat auch nicht kennen wollen."

6. **Kohler**: „Die Form der Tätigkeit der Interessenten im Rechtspolizeiverfahren ist nicht wesentlich für den Erfolg der Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; auch die Form des Rechtspolizeigerichts kommt nur insofern in Betracht, als der schließliche Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgt sein muß."[38]

„Voraussetzung der Gültigkeit (des Patenterteilungsverfahrens) ist, daß es vom Patentamt und zwar vom Patentamt als Anmeldebehörde gepflogen wird; ob von der einen oder anderen Anmeldeabteilung, hat keine entscheidende Bedeutung, wohl aber würde die Patentvorbescheidung von einer anderen als der Anmeldeabteilung null und nichtig sein; denn insofern besteht das Patentamt aus mehreren, nach besonderen Grundsätzen handelnden Behörden . . . und zwar wäre dies eine Nichtigkeit „ipso jure"; sie bedürfte der Nichtigkeitsklage nicht; ebensowenig als es einer Nichtigkeitsklage bedarf, wenn ein Prozeß mangels Gerichtsbarkeit des entscheidenden Gerichtes nichtig ist."[39]

„Das Rechtspolizeiverfahren hat, wie das Prozeßverfahren, seinen endgiltigen Abschluß. . . . Hat es seinen Abschluß gefunden, so ist der Abschluß ein endgiltiger, auch wenn bei der Ausübung des Verfahrens Fehler gemacht worden sind."[40]

Kohler macht indessen folgende Ausnahmen von dieser Regel, indem er ausführt:

a) „Zwar kann ein Patent einer Mehrheit von Personen gewährt werden, aber nur so, daß jeder am ganzen Patent be-

---

[34] Anmerkung 59 und 65 zu § 10.
[35] Nr. 1 zu § 10.
[36] Nr. 2 zu § 10.
[37] Seite 462.
[38] Handbuch, Seite 358.
[39] Handbuch, Seite 749.
[40] daselbst, Seite 788.

teiligt ist und zwar an dem einen Teil ebenso wie an dem anderen. Es ist nicht statthaft, in einem Patent die verschiedenen Erfindungsbestandteile verschiedenen Personen zuzuweisen, woraus von selbst hervorgeht, daß das Zusatzpatent nicht einem anderen erteilt werden kann als das Hauptpatent. Dieses Prinzip ist durchgreifend; die Einheit der Person ist Voraussetzung der Giltigkeit des Patentes." .... „Sollte daher das Zusatzpatent einer anderen Person erteilt werden, als dem Hauptpatentinhaber, so wäre die Erteilung null und nichtig."[41]

b) „Zum richtigen Patent gehört . . . auch . . . zivilistische Patentanmeldung. Wenn daher ein Patent ohne jede Anmeldung erteilt würde, so wäre es ein Scheinpatent . . . denn . . . die zivilistische Anmeldung ist entscheidend für die Neuheit, denn eine Erfindung muß im Moment der zivilistischen Anmeldung neu sein .... fehlt es an der zivilistischen Anmeldung, so fehlt es an dem für die Neuheit maßgebenden Zeitpunkt: die Erfindung kann daher unmöglich im maßgebenden Zeitpunkt neu sein, das Patent ist in diesem Fall ein Scheinpatent schon darum, weil es an der Neuheit fehlt. So muß insbesondere auch der Fall behandelt werden, wenn das Patent auf etwas anderes erteilt wird, als es begehrt worden ist, oder wenn das Patentamt über das Anmeldebegehren hinausgegangen ist . . . dem Falle einer Nichtanmeldung steht der Fall gleich, wenn das Patent auf Anmeldung eines Geschäftsunfähigen ergangen wäre."[42]

Dieser Gruppe von Schriftstellern stehen die folgenden gegenüber, die grundsätzlich in einem Verfahrensmangel einen Nichtigkeitsgrund erblicken:

1. **Ephraim**[43]: „Es gibt in der Nichtbeachtung der Verfahrensvorschriften liegende Nichtigkeitsgründe. Dieselben leiten sich nicht aus dem materiellen Patentrecht ab, sondern aus dem allgemeinen Grundsatz, daß kein Recht unter Verletzung der Gesetze erteilt werden darf. Die Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtigkeit des Patentes herbeiführt, betrifft nicht jede Vorschrift des Gesetzes, sondern nur Bestimmungen, welche die gerechte Prüfung der Patentfähigkeit gewährleisten sollen."

Er zählt im ganzen 11 Prozeßmängel auf,[44] die die Nichtigkeit des Patentes begründen sollen: 1. Nichtvorhandensein einer Anmeldung, 2. Nichtübereinstimmung der angemeldeten Erfindung

---

[41] Handbuch, Seite 327 und 334.

[42] daselbst Seite 356 und 358.

[43] Patentrecht für Chemiker, Seite 313. Ephraim hat zu dieser Frage noch in einigen Aufsätzen Stellung genommen: GUR 1907, S. 54 ff., das. 1910, S. 18—22, Zeitschr. f. angew. Chem. XXII, S. 2334.

[44] GUR 07, S. 54 ff.

mit der ausgelegten, 3. Nichtäußerung auf einen Vorbescheid innerhalb der gesetzten Frist, 4. Beteiligung des Mitgliedes, welches den Vorbescheid erlassen hat, an der Beschlußfassung über die Bekanntmachung, 5. Nichtzahlung der Anmeldegebühr bei der Einreichung der Anmeldung, 6. Ungenügende Beschreibung dann, wenn die Unausführbarkeit der Erfindung in Betracht kommt, 7. Nichtübereinstimmung der Anmeldung und der Bekanntmachung, 8. Unrechtmäßige Nichtbeachtung eines Einspruchs, 9. Unrechtmäßig erfolgte Verweigerung einer mündlichen Verhandlung, 10. Vornahme eines Beweises ohne Zuziehung des Einsprechenden, 11. Gesetzwidrige Besetzung der Abteilung.

Bezüglich der Frage, vor welchem Forum diese Nichtigkeit geltend zu machen sei, schlägt Ephraim vor, es solle in folgerichtiger Durchführung des Reichsgerichtsstandpunktes das Verfahren an der Stelle fortgesetzt werden, an der im ersten Verfahren der Verstoß erfolgt ist.[45]

2. **Isay** unterscheidet zwischen dem „Recht auf Nichtigkeitserklärung des Patentes" und der „Nichtigkeit der Patenterteilung". Er zerlegt den „Tatbestand des Rechtes aus dem Patent" in 5 Momente: 1. objektive Erfindung, 2 Besitz an ihr, 3. Anmeldung, 4. Priorität, 5. die Patenterteilung. Die ersten 4 Momente entsprechen, wie ersichtlich, den materiellen Nichtigkeitsgründen des § 10 P. G. Fehlt es einem von diesen 4 erstgenannten Momenten, so läßt er ein „Recht auf Nichtigkeitserklärung" des Patentes entstehen. Diese Art der Nichtigkeiterklärung wirkt nach ihm konstitutiv oder vielmehr deletorisch; sie vernichtet den Patenterteilungsakt und die durch ihn angeblich geschaffene „formelle Legitimation" des Patentinhabers. „Nichtigkeit der Patenterteilung" liegt nach Isay vor, entweder wenn der Mangel dem Erteilungs*akt* oder wenn er dem Erteilungs*verfahren* anhaftet. Der Patenterteilungsakt soll angeblich aus Patenterteilungsbeschluß und der Begebung der Urkunde hierüber bestehen, so daß bei Nichtübereinstimmung von Beschluß und Urkunde der Patenterteilungsakt nichtig sei. Bei den Mängeln, die nicht dem Erteilungsakt, sondern nur dem Verfahren anhaften, nimmt er an, daß nicht jede Verletzung der Formen die weitreichende Wirkung der Nichtigkeit habe; eine solche Wirkung könne vielmehr nur der Verletzung derjenigen Formen zukommen, „ohne welche das Erteilungsverfahren seine Aufgabe, die Patentwürdigkeit der Anmeldung zu ermitteln, überhaupt nicht erfüllen könne", z. B. Unterbleiben der Bekanntmachung oder Nichtübereinstimmung der Bekanntmachung mit dem Erteilungsbeschluß. Diese „Nichtigkeit der Erteilung" infolge Mangel des Patenterteilungsaktes oder Patenterteilungsverfahrens soll sowohl im ordentlichen Pro-

[45] GUR 10, Seite 18—22.

zeß als auch im Nichtigkeitsverfahren geltend gemacht werden können; wird sie im Nichtigkeitsverfahren geltend gemacht, so wirke sie, im Gegensatz zur Nichtigkeitserklärung wegen materieller Mängel, nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch.[46]

3. **Allfeld**[47]: „Die Aufzählungen der materiellen Nichtigkeitsgründe ist eine erschöpfende, d. h. etwaige andere Mängel begründen, soweit sie das materielle Patentrecht betreffen, keine Nichtigkeit . . . dagegen begründen, auch ohne daß dies im § 10 bestimmt ist, wesentliche Mängel des Erteilungsverfahrens die Nichtigkeit des Patentes, so namentlich die Nichtübereinstimmung des sachlichen Inhalts des Erteilungsbeschlusses mit dem Bekanntmachungsbeschluß . . . kein Nichtigkeitsgrund ist . . . die Nichtübereinstimmung des Patentes mit der ursprünglichen Anmeldung, vorausgesetzt, daß das Patent mit der bekannt gemachten Anmeldung übereinstimmt."

4. **Osterrieth**[48] betont, daß das Gesetz weitere Nichtigkeitsgründe, als sie § 10 aufzähle, nicht kenne. Trotzdem will er bei Nichtübereinstimmung zwischen Patent und Anmeldung ein Patent nicht als erteilt gelten lassen, „weil, was öffentlich begehrt, nicht gewährt, und was gewährt, nicht öffentlicht begehrt sei". Andere Verfahrensmängel will er nicht als Nichtigkeitsgründe gelten lassen.

5. **Hüfner**[49] schließt aus dem „klaren Wortlaut" des Gesetzes: „ein Anspruch darf nur patentiert werden, wenn er aufgeboten ist", daß das Patent nichtig sei, wenn hiergegen verstoßen worden sei. Die Tatsache, daß der § 10 derartige Nichtigkeitsgründe nicht aufzählt, erklärt er damit: „Da dieser Rechtsatz deutlich aus §§ 23 und 24 hervorgeht und die wesentlichsten Verfahrensvorschriften enthält, so konnte er nur im 3. Abschnitt „Verfahren in Patentsachen", nicht aber im 1. Abschnitt „Patentrecht" seinen Platz finden. Er durfte deshalb gar nicht unter die Nichtigkeitstatbestände des § 10 aufgenommen werden und ist bei seiner absoluten Natur überall und jederzeit zu berücksichtigen."

6. **Adler**[50] behandelt die Frage zwar zunächst vom Standpunkt des österreichischen Rechtes aus. Seine Ausführungen sind jedoch fast durchweg auch für das deutsche Recht verwendbar. Er geht davon aus, daß „ein gewisses Maß von Formen unter keinen Umständen entbehrt werden kann, soll überhaupt eine bestimmte Rechtswirkung eintreten". Aus dem nicht bestreitbaren Satz, daß ein „Patent" für nichtig anzusehen sei, wenn es beispielsweise von einem Schreiber des Patentamtes „erteilt" sei, schließt er,

---

[46] Siehe die Ausführungen in Anm. 1 § 4, und Anm. 1—19 zu § 10, auch Anm. 3 zu § 4.
[47] Seite 145.
[48] Seite 120.
[49] GUR 09, Seite 317 ff.
[50] GUR 08, Seite 165 ff.

daß damit schon anerkannt sei, daß die Nichtigkeit eines Patentes auf Verfahrensmängel beruhen könne, also auf Gründen, die das Gesetz nicht kennt. Damit sei aber das Prinzip anerkannt und es könne sich nur darum handeln, in welchen Fällen ein solcher Mangel die Nichtigkeit des Patentes begründe. Auch er unterscheidet zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln. Für wesentlich sieht er an „neben den Verstößen gegen die gesetzlichen Zuständigkeitsnormen nur jene Verfahrensmängel . . . von denen anzunehmen oder doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei, daß, wenn sie vermieden worden wären, das Patent nicht oder inhaltlich nicht so, wie es geschehen, erteilt worden wäre. Alle anderen Mängel müssen außer Betracht bleiben." Für nichtig, ohne besondere Nichtigkeitserklärung durch die Nichtigkeitsabteilung, hält er ein Patent, das von einer anderen Behörde, oder zwar innerhalb des Patentamtes, jedoch von einem Schreiber, Drucker oder einer sonstigen nicht berufenen Person erteilt wird, ferner ein Patent, daß die Abteilung versagt, der Vorsitzende aber versehentlicht ausgefertigt hat, oder das von einer vorschriftswidrig besetzten Abteilung oder unter Mitwirkung eines mit Erfolg abgelehnten oder ausgeschlossenen Richters erlassen worden sei. Auch in den beiden letztgenannten Fällen hält er die Anmelde- bzw. Beschwerdeabteilung ohne weiteres für berechtigt, an Stelle des von ihr als nichtig zu bezeichnenden Beschlusses einen ordnungsmäßig gefaßten Beschluß zu setzen. Ferner hält er in folgenden weiteren Fällen ein Patent für nichtig: wenn überhaupt keine Anmeldung, oder die Anmeldung eines Geisteskranken, oder eines Auslandbewohners ohne inländischen Vertreter, oder eines falsus procurator vorliegt, oder die Anmeldung zurückgenommen worden ist, oder vom Gesetz als zurückgenommen fingiert wird, oder das Patent auf etwas anderes erteilt ist, als angemeldet wurde, oder kein Aufgebot vorliegt. In diesen weiteren Fällen hält er Nichtigkeitserklärung durch die Nichtigkeitsabteilung für notwendig; daneben hält er allerdings auch den Eingriffsrichter für befugt, diese Nichtigkeit im Patentverletzungsprozeß zu berücksichtigen.

7. Auch der Verein für den Rechtsschutz des gewerblichen Eigentums hat auf dem „Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz", der vom 2. bis 8. September 1907 in Düsseldorf tagte, zu der Frage Stellung genommen. Es lag vor ein Antrag des Dr. Edwin Katz, es sei eine Gesetzesänderung wünschenswert dahin: „die Nichtigkeit des Patentes liegt stets vor, wenn die Erfindung im Sinne des Patentgesetzes nicht patentfähig ist, oder wenn das Patent den Vorschriften des Patentgesetzes zuwider erteilt wird[51]." Von anderer Seite wurde dagegen betont, ein einfacher

[51] Denkschrift der Patentkommission (Düsseldorfer Kongreß 07) Seite 19.

Formmangel dürfe die Vernichtung des Patentes nicht zur Folge haben, wenn der Formmangel auf die Erteilung keinen Einfluß gehabt habe. Es scheine daher zweckmäßig, statt der Vernichtung des Patentes in solchen Fällen eine Wiederaufnahme des Verfahrens eintreten zu lassen. Die Patentkommission faßte darauf folgenden Beschluß:[52] „Wenn bei der Erteilung eines Patentes eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften erfolgte, bei deren Einhaltung das Patent jedoch einwandfrei erteilt worden wäre und hätte erteilt werden müssen, ist dem Patentinhaber das Recht der Wiederaufnahme des Verfahrens zu gewähren und das Patent für den Rest der noch nicht abgelaufenen Dauer von neuem in voller gesetzlicher Form ohne besondere Kosten zu erteilen." Im übrigen schloß sich die Patentkommission einstimmig dem Vorschlage Katz an. Anders das Plenum. Es lehnte den Antrag der Patentkommission ab.[53] Wie Katz und die Patentkommission die Frage vom Standpunkt des gegebenen Rechtes aus beurteilen, ist zweifelhaft. Aus den Ausführungen von Katz vor dem Plenum scheint hervorzugehen, daß er es zum mindesten für zweifelhaft hält, ob so, wie das Gesetz z. Zt. lautet, eine Nichtigkeitserklärung wegen eines Prozeßmangels erfolgen könne.

B) Stellungnahme zu der Frage.

a) Welche Gesichtspunkte ergeben sich aus Literatur und Rechtsprechung?

§ 11. Kritische Betrachtung der von Rechtsprechung und Literatur angeführten Gesichtspunkte.

Die Schriftsteller, die den Standpunkt des Patentamtes teilen, Seligsohn, Kent, Damme, Robolski, Lutter und — wenigstens dem Grundsatze nach — Kohler, begründen ihre Ansicht im wesentlichen mit dem Hinweis auf die erschöpfende Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in § 10.

Führer der gegenteiligen Ansicht ist das Reichsgericht geworden, das in seinen oben erwähnten früheren Entscheidungen ein in fehlerhaftem Verfahren erteiltes Patent einem verfassungswidrig zu Stande gekommenen Gesetz vergleicht, den Mangel eines Aufgebotverfahrens deshalb als Nichtigkeit begründend ansieht, weil „was öffentlich begehrt nicht gewährt und was gewährt nicht öffentlich begehrt worden sei", und das endlich die Bedenken aus der Aufzählung der Nichtigkeitsgründe im § 10

[52] Denkschr. der Patentkommission, Seite 26.

[53] Verhandlungsbericht über den Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz in Düsseldorf 2.—8. September 07, S. 65.

damit abtut, daß er sagt, es sei selbstverständlich, daß ein wesentlicher Mangel Nichtigkeit begründen müsse.

Was zunächst den Vergleich mit dem verfassungswidrigen Gesetz anlangt, so muß gefragt werden, was soll überhaupt durch diesen Vergleich gewonnen werden? Damit soll doch wohl nichts anderes gesagt sein, als: ebenso wie ein verfassungswidrig zu Stande gekommenes Gesetz, braucht der Richter auch ein in mangelhaftem Verfahren erteiltes Patent nicht zu beachten. Allein, das Letztere ist ja eben das, was zu beweisen ist. Nun mag allerdings zugegeben werden, daß der Richter ein verfassungswidrig zu Stande gekommenes Gesetz nicht zu beachten hat; daraus folgt aber für das Patent noch gar nichts. Denn ein Patent ist kein Gesetz. Das Reichsgericht müßte erst nachweisen, daß zwischen einem Gesetz und einem Patent notwendigerweise in allen übrigen Beziehungen vollständige Wesensgleichheit herrscht; dann erst könnte aus der Analogie des Gesetzes etwas für das Patent geschlossen werden. Diese Wesensgleichheit von Patent und Gesetz hat aber das Reichsgericht nicht nachgewiesen. Aus guten Gründen. Denn eine derartige Wesensgleichheit besteht eben nicht. Das einzig Gemeinschaftliche zwischen Gesetz und Patent ist, daß von beiden das Reichsgericht gleichermaßen annimmt, der Richter stehe dem einen wie dem anderen mit den gleichen Befugnissen gegenüber. Aber damit, daß es dies voraussetzt, kann das Reichsgericht es nicht gleichzeitig beweisen, der gleiche Satz kann nicht gleichzeitig logischer Obersatz und logischer Schlußsatz sein.

Den gleichen Beweiswert hat die Formulierung: „Weil was gewährt, nicht öffentlich begehrt und was öffentlich begehrt nicht gewährt worden sei.“ Bewiesen werden soll, daß ein Patent mangels Aufgebot und Auslegung nichtig sei. Wenn das Aufgebot fehlt, so ist das, was gewährt ist, nicht öffentlich begehrt, und was öffentlich begehrt ist, nicht gewährt worden. Die Frage kann also auch so gestellt werden: Ist ein Patent nichtig, wenn das, was gewährt wurde, nicht öffentlich begehrt ist und umgekehrt? Antwort des Reichsgerichts: „Ja, das Patent ist in diesem Falle nichtig, weil, was gewährt ist, nicht öffentlich begehrt ist, und umgekehrt. Man sieht also, sobald man dieser an sich ganz hübschen Antithese auf den Grund geht, daß sie lediglich eine Tautologie ist. Es bleibt also nur noch die letzte Begründung: es sei selbstverständlich, daß ein wesentlicher Mangel Nichtigkeit begründe. Das ist aber kein Grund, sondern eine Behauptung, die erst zu beweisen wäre. Daß diese Behauptung falsch ist, wird unten im Zusammenhang nachgewiesen werden.

Die Beweisführung Ephraim's gipfelt in der Erwägung, es bestehe ein allgemeiner Grundsatz, daß kein Recht unter Verletzung der Gesetze erteilt werden dürfe. Es muß bestritten werden, daß

ein derartiger allgemeiner Grundsatz besteht. Denn gerade Patente können unter Verletzung der Gesetze erteilt werden. Das beweist schlagend der § 28, Abs. 3 P. G., welcher bestimmt, nach Ablauf von 5 Jahren könne ein Patent nicht mehr wegen Mangels der Voraussetzungen der §§ 1 und 2 P. G. angefochten werden. Man sieht also, gerade unter Verletzung der allerwichtigsten materiellen Vorschriften kann ein Patent erteilt, ja sogar vollständig unanfechtbar erteilt werden. Aber auch die Prozeßgesetze enthalten zahlreiche Bestimmungen, deren Verletzung keine Nichtigkeit, beispielsweise des Vollstreckungstitels, bewirkt. Nur wenige, bestimmt begrenzte Mängel sind es, die Nichtigkeit begründen. Man könnte also eher den gegenteiligen Grundsatz aufstellen und sagen: Rechte können nur dann nicht unter Verletzung von Gesetzen erteilt werden, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist. Ephraim selbst wagt ja auch diesen Grundsatz gar nicht in vollem Umfang aufrecht zu erhalten. Macht er doch selbst sofort einen Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln. Aber auch die Verletzung unwesentlicher Formvorschriften ist eben eine Verletzung des Gesetzes. Da die „unwesentlichen" Vorschriften aber gegenüber den „wesentlichen" weitaus die Mehrzahl sein werden, so kann auch Ephraim von seinem Standpunkt aus, selbst wenn er mit der Wirkung der wesentlichen Mängel Recht hätte, nicht mehr von einem Grundsatz reden. Denn was er Grundsatz heißt, wäre auch nach ihm die Ausnahme.

Die Konstruktion, die Isay anwendet, enthält für die Frage keinerlei überzeugende Beweisgründe. Seine Behauptung, es liege „Nichtigkeit der Patenterteilung" vor, wenn das Patenterteilungsverfahren mit wesentlichen Mängeln behaftet sei, ist ohne jede Begründung ausgesprochen. Ebensowenig geben Allfeld und Oesterrieth eine Begründung. Beide beschränken sich darauf, die Begründung des Reichsgerichts („was gewährt usw.") zu zitieren. Auch die Begründung, die Hüfner aus der Stellung des § 10 im System des Patentgesetzes versucht, schlägt nicht durch. Selbst wenn man zugeben wollte, daß es ein Schönheitsfehler gewesen wäre, wenn das Gesetz im § 10 als vierten Nichtigkeitsgrund einen prozessualen Mangel aufgeführt hätte, so muß doch andererseits betont werden, daß der Gesetzgeber doch irgendwoanders im Gesetz einen geeigneten Platz für die Aufstellung einer solchen Gesetzesvorschrift hätte finden können, wenn er nur — gewollt hätte! Beispielsweise hätte den Gesetzgeber nichts gehindert, in oder unmittelbar hinter § 28 eine derartige Bestimmung zu treffen. Das ist Hüfner ohne weiteres zuzugeben, daß das Gesetz den Grundsatz aufstellt: „Ein Anspruch darf nur patentiert werden, wenn er aufgeboten ist." Daraus folgt aber noch lange nicht, daß ein unter Verletzung dieses Grundsatzes erteiltes Patent auch nichtig sein müsse, und zwar sogar so nichtig, daß es gar nicht erst

für nichtig zu erklären sei, sondern ohne jede Nichtigkeitserklärung a priori von jedermann für nichtig zu behandeln wäre. Denn die sicherlich viel bedeutsameren materiellen Mängel eines Patentes lassen trotzdem ein wenigstens formell zurecht bestehendes Patent entstehen, das solange gilt, bis es für nichtig erklärt wird, ja sogar unter Umständen nach 5 Jahren zu einem voll giltigen, unanfechtbaren, Patent ausreifen kann. Übrigens verlangt das Gesetz mit derselben Bestimmtheit, wie es ein Aufgebot verlangt, auch noch andere Formalien. So sagt Satz 2 des § 20: „Für jede Erfindung ist eine besondere Anmeldung erforderlich" und Satz 3: „die Anmeldung muß den Antrag auf Erteilung des Patentes enthalten." Diese Beispiele könnten beliebig vermehrt werden. Folgerichtig müßte Hüfner den Schluß ziehen, daß auch die Verletzung dieser Vorschriften absolute Nichtigkeit des Patentes nach sich ziehe. Wenn er diesen Schluß nicht zieht, so gibt er damit zu, daß der Ausgangspunkt seiner Beweisführung nicht überzeugend ist.

Gewichtiger scheinbar ist die Begründung Adler's, der aus der zweifellosen[54] Nichtigkeit eines von einem Schreiber oder von einer Privatperson erteilten Patentes schließt, daß ein gewisses Minimum von Formen unumgänglich notwendig sei, und daß ein Patent, dem dieses Minimum von Form fehle, eben nichtig sei. Damit sei, glaubt Adler, das Prinzip zugegeben, daß die Nichtigkeit eines Patentes auch noch auf anderen Gründen als den im Gesetz aufgeführten beruhen könne. Diese Schlußfolgerung beruht auf nicht genügender Unterscheidung der patentrechtlichen Nichtigkeit von dem allgemeinen zivilrechtlichen Begriff der Nichtigkeit, wie im nächsten Paragraphen des Näheren ausgeführt werden wird.

b) Allgemeine Erwägungen aus dem System und den Grundgedanken des Patentgesetzes.

§ 12. „Anfechtbares Patent" und „Nichtpatent".

Der Ausdruck „Nichtig" wird in verschiedenen Gesetzen verschieden gebraucht. Am geläufigsten ist die Bedeutung, die das Wort im Zivilrecht hat. Das Zivilrecht heißt ein Rechtsgeschäft „nichtig", wenn es für das Recht überhaupt nicht vorhanden ist. Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist gemäß § 138 BGB., ein Vertrag über den Nachlaß einer noch lebenden Dritten ist gemäß § 312 BGB. nichtig. Derartige Geschäfte haben rechtlich keinerlei Wirkung, sie sind einfach nicht vorhanden. Nun spricht allerdings das Patentgesetz selbst nirgends von „nichtigen

[54] s. auch Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte Seite 242.

Patenten", vielmehr spricht das Gesetz nur von Patenten, die „für nichtig erklärt werden" (§ 10). In der Literatur hat sich jedoch allgemein der Gebrauch ausgebildet, Patente, die für nichtig erklärt werden können, nichtige Patente zu heißen. Mit diesem Ausdruck „nichtiges Patent" verbindet sich leicht und unwillkürlich die Vorstellung eines „nichtigen Rechtsgeschäfts" im Sinne des bürgerlichen Rechtes. Hiervor ist nachdrücklichst zu warnen, denn die patentrechtliche Nichtigkeit ist etwas ganz anderes, als die bürgerlich rechtliche. Wären beide Arten von Nichtigkeit immer genügend scharf auseinandergehalten worden, so wäre dies vielleicht der Klärung der ganzen Streitfrage erheblich zu statten gekommen.

Der Erteilung eines Patentes durch das Patentamt legt das Gesetz in § 4 die Wirkung bei, daß der „Patentinhaber" ausschließlich befugt ist, gewerbsmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feil zu halten oder zu gebrauchen." Diese Wirkung hat die Erteilung auch dann, wenn die materiellen Voraussetzungen der Patenterteilung — § 1 bis 3 P. G. — tatsächlich nicht vorgelegen haben. Allerdings bestimmt § 10, daß ein derartiges Patent wieder für nichtig erklärt werden kann, sobald irgend jemand dies im Wege der Klage beantragt. (§ 28 P. G.) Bis es aber so weit ist, bis das Patent vom Patentamt rechtskräftig für nichtig erklärt ist, äußert es ununterbrochen die Wirkung des § 4. Es ist unbestritten rechtens, daß niemand anders die Nichtigkeit des Patentes aussprechen darf, als die Nichtigkeitsabteilung des Patentamtes. Sämtliche Gerichte und Behörden müssen das Patent solange als gültig anerkennen, bis die Nichtigkeitsabteilung die Nichtigkeit ausgesprochen hat. Wird also jemand vor dem ordentlichen Richter wegen Patentverletzung verklagt, und macht er hier die Einrede geltend, daß Patent sei nichtig, z. B. weil die Erfindung nicht neu sei, so kann er mit dieser Einrede nicht gehört werden. Höchstens, daß der Patentverletzungsprozeß ausgesetzt wird, wenn der Beklagte Nichtigkeitsklage vor dem Patentamt erhebt. Von sich aus darf aber der Eingriffsrichter zu der Frage, ob das Patent für nichtig zu erklären ist oder nicht, keine Stellung nehmen. Er muß das Patent gelten lassen bis die Nichtigkeitsabteilung es vernichtet.[55] Ja noch mehr: Die zunächst bestehende „Nichtigkeit" kann heilen. Es ist schon weiter oben gelegentlich auf den § 28, Abs. 3 P. G. hingewiesen worden, der bestimmt, daß die Nichtigkeitsklage nach Ablauf von 5 Jahren nicht mehr auf den Mangel der Neuheit und Erfindungsqualität gestützt werden dürfe. Nach Ablauf dieser Zeit wäre also ein Patent, das mit einem Mangel der §§ 1 und 2 P. G. ursprünglich behaftet war, zu einem völlig unanfechtbaren Patent ausgereift.

---

[55] In diesem Sinne, Seligsohn, § 10, Anm. 3.

Aus diesen Betrachtungen ergibt sich ein Doppeltes:

Einmal: An die Patenterteilung als solche knüpft das Gesetz die Wirkungen des § 4, ohne Rücksicht darauf, ob die materiellen Voraussetzungen für die Patenterteilung vorliegen oder nicht.

Sodann: Haben die materiellen Voraussetzungen für die Patenterteilung nicht vorgelegen, so besteht das trotzdem durch die Patenterteilung entstandene Rechtsgebilde solange als voll wirksames Patent äußerlich zu Recht, bis es auf vorangegangene Klage vom Patentamt (allerdings mit Rückwirkung) wieder vernichtet wird.

Man sieht hieraus, um eine Nichtigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechtes kann es sich bei der patentrechtlichen Nichtigkeit nicht handeln. Wenn man Vergleiche mit dem bürgerlichen Recht zieht, so würde ein solches Patent zweckmäßig „anfechtbar" genannt werden. Denn „anfechtbar" heißt im Sinne bürgerlichen Rechts ein Rechtsgebilde, das einen Vernichtungsgrund in sich trägt, aber solange äußerlich zu recht besteht, bis der Vernichtungsgrund durch eine Willenserklärung, nämlich die Anfechtung geltend gemacht wird. Mit Rücksicht darauf, daß diese Willenserklärung auf Vernichtung des Patentes durch eine formelle Klage geltend zu machen ist, liegt der Vergleich mit dem anfechtbaren Beschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft nahe, wo der Anfechtungsgrund ebenfalls im Wege der Klage geltend zu machen ist (§§ 271 ff. HGB.). Das, was man gemeinhin als „nichtiges Patent" bezeichnet, würde also zweckmäßig „anfechtbares Patent" genannt. Der Ausdruck „Scheinpatent", der auch gelegentlich dafür gebraucht wird, trifft die Sache ebenfalls nicht genau, weil die Zusammensetzung eines Begriffes mit dem Worte „Schein" sagen will, der Begriff sehe nach etwas anderem aus als er in Wahrheit sei. Dies ist aber bei dem sogenannten Scheinpatent nicht der Fall, denn dieses Scheinpatent ist in Wahrheit ein Patent, nur kann es unter gewissen Voraussetzungen wieder vernichtet werden, allerdings mit rückwirkender Kraft. Mit Rücksicht auf diese Erwägungen wird im folgenden statt des sonst üblichen Ausdrucks „nichtiges Patent" oder „Scheinpatent" der Ausdruck „anfechtbares Patent" gebraucht werden.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß es nicht auch wirklich absolut nichtige Patente, nichtig im Sinne des Zivelrechts, geben könne. Es liegt auf der Hand, daß nicht jede beliebige Person, die sich das Recht hierzu anmaßt, ein „nichtiges", d. h. „anfechtbares" Patent in dem eben entwickelten Sinne erlassen kann, das solange äußerlich zu Recht bestünde, bis es die Nichtigkeitsabteilung vernichten würde. Vielmehr bleibt es dabei: Patente, vollgültige oder anfechtbare, können nur von der Anmelde- oder

Beschwerdeabteilung erlassen werden. Daraus folgt: Ein Patent, das von jemand anderem, etwa einem Schreiber des Patentamtes (siehe Adler, oben § 12) erlassen wird, ist nichtig, und zwar vollständig nichtig, nichtig im Sinne des Zivilrechts. Es ist nicht das, was vorhin „anfechtbares Patent" genannt wurde, es ist überhaupt kein Patent, auch kein anfechtbares, es ist patentrechtlich null. Würde daraufhin eine Eingriffsklage gestützt werden, so würde der Beklagte, der diese Nichtigkeit geltend macht, keine Einrede geltend machen, sondern er würde den ganzen Klagegrund leugnen. Der Eingriffsrichter würde das Nichtbestehen das Patentes feststellen und die Klage abweisen. Ein derartiges Rechtsgebilde wird im Gegensatz zu dem anfechtbaren Patent im folgenden „Nichtpatent" genannt werden, um zum Ausdruck zu bringen, daß es den Namen Patent gar nicht verdient, sondern der kontradiktorische Gegensatz des Begriffes Patent ist. Ein derartiges Rechtsgebilde kann auch nicht Gegenstand eines Nichtigkeitsstreites vor dem Patentamt sein. Denn die Nichtigkeitsabteilung ist nur dazu da, bestehende Patente zu vernichten, nichtbestehende bestehen sowieso nicht, brauchen also nicht erst vernichtet zu werden. Eine Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Nichtpatentes müßte mangels eines Streitgegenstandes als unsubstanziiert abgewiesen werden.[56]

§ 13. Jede Patenterteilung erzeugt zum mindesten ein „anfechtbares Patent", keinesfalls ein bloßes „Nichtpatent".

Ist im vorigen Paragraphen darauf hingewiesen worden, daß die Patenterteilung auch trotz Fehlens der materiellen Voraussetzungen (§§ 1 bis 3 P. G.) ein zwar anfechtbares, aber immerhin ein Patent („anfechtbares Patent") erzeugt, so erhebt sich die weitere Frage: Welchen Einfluß übt das Fehlen der prozessualen Voraussetzungen, die Nichteinhaltung von Verfahrensvorschriften, auf die patenterzeugende Wirkung der Patenterteilung aus? Entsteht auch bei Fehlen prozessualer Voraussetzungen durch die Patenterteilung ein Patent, oder entsteht ein bloßes „Nichtpatent"? Die weitere Frage, ob ein etwa entstehendes Patent anfechtbar oder unanfechtbar ist, soll in diesem Zusammenhang zunächst unerörtert bleiben. Es soll vielmehr zunächst nur die Frage behandelt werden: Patent oder Nichtpatent?

Auszugehen ist von der eben erwähnten Tatsache, daß die Patenterteilung — unbeschadet der etwaigen Anfechtbarkeit —

[56] In diesem Sinne ist wohl auch Kormann aufzufassen, der auf Seite 207 sagt: „Nach strenger Rechtslogik muß auch das ordentliche Rechtsmittel für unzulässig erklärt werden, da dieses auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, im Falle der (absoluten) Nichtigkeit aber ein solcher gar nicht vorhanden ist."

ein Patent erzeugt, auch wenn die materiellen Voraussetzungen (§§ 1 bis 3) nicht vorgelegen haben. Wie aber, wenn diese materiellen Voraussetzungen tatsächlich vorlagen, das Patentamt aber sich bloß nicht die Mühe genommen hätte, zu prüfen, ob sie tatsächlich vorliegen? Zweifellos müßte auch hier ein Patent entstehen. Und wie, wenn die materiellen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, das Patentamt auch tatsächlich die Prüfung, ob sie vorliegen, nicht ganz unterlassen hat, sondern in dieser Prüfung wenigstens eingetreten ist, die Prüfung jedoch nur oberflächlich vorgenommen hat? Erst recht müßte hier wohl ein Patent entstanden sein, denn hier wurde ja wenigstens teilweise geprüft, und wir haben gesehen, daß sogar bei Unterlassung jeder Prüfung ein Patent entsteht. Wie aber, wenn die materiellen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, die Nichtprüfung oder die nur oberflächliche Prüfung aber darauf beruht, daß Verfahrensvorschriften nicht beachtet wurden? Nachdem bei den vorigen Antworten anerkannt werden mußte, daß es nicht darauf ankommt, ob das Vorliegen der materiellen Voraussetzung vom Patentamt geprüft worden ist, ja nicht einmal, ob diese materiellen Voraussetzungen überhaupt vorliegen, muß man notgedrungen noch den weiteren Schritt tun, und anerkennen, daß es dann gleichgiltig sein muß, aus welchem Grunde die Prüfung unterblieb oder nur mangelhaft erfolgte. Es scheint deshalb für die patenterzeugende Wirkung der Patenterteilung vollkommen unerheblich, *ob diejenigen Verfahrensvorschriften beachtet worden sind, die speziell dazu dienen sollen, eine möglichst gründliche Prüfung der materiellen Voraussetzungen zu gewährleisten.* Denn immer wieder muß betont werden, die Patenterteilung erzeugt ja ein Patent so gar dann, wenn diese materiellen Voraussetzungen gar nicht vorlagen. Es ist aber vom Reichsgericht und den seiner früheren Ansicht folgenden Schriftstellern betont worden, daß die Vorschriften des Patentgesetzes über Auslegung und Aufgebot wie keine andere Vorschrift des Patentgesetzes den Zweck haben, eine möglichst genaue Prüfung der materiellen Voraussetzungen des nachgesuchten Patentes zu garantieren. Und gerade für diese angeblich bedeutungsvollsten Vorschriften muß nach den vorstehenden Ausführungen geschlossen werden, daß ihre Nichtbeachtung die patenterzeugende Wirkung des Patenterteilungsaktes nicht in Frage stellen kann. Nun kann weiterhin nicht zweifelhaft sein, daß, wenn schon die Nichtbeachtung dieser Vorschriften die Entstehung eines Patentes nicht hindert, diese erst recht nicht gehindert wird, wenn andere Vorschriften nicht beachtet sind, die nach der Meinung des Reichsgerichts und der ihm folgenden Schriftsteller mindere Bedeutung haben. Und schließlich sind doch sämtliche Verfahrensvorschriften überhaupt dazu da, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen. Also, welche Ver-

fahrensvorschrift auch immer verletzt sein mag, ein Patent entsteht. Das Ergebnis dieser Ausführungen ist folgende Erkenntnis: Die Patenterteilung erzeugt immer ein Patent, gleichgiltig, ob die materiellen Voraussetzungen (oben § 12) und gleichgiltig, ob die prozessualen Voraussetzungen (dieser §) für die Patenterteilung gegeben waren. Grundsätzlich also entsteht bei Fehlen der materiellen oder prozessualen Voraussetzungen — vorbehaltlich etwaiger Anfechtung — ein Patent, kein bloßes Nichtpatent[57].

Deshalb kann der früheren Ansicht des Reichsgerichts und der ihm folgenden Schriftsteller nicht gefolgt werden, die annehmen, trotz der Patenterteilung durch die Abteilung sei das entstandene Patent mangels Aufgebots und Auslegung derart nichtig, daß seine Nichtigkeit sogar vom Eingriffsrichter festgestellt werden könne, ohne daß seine Vernichtung durch die Nichtigkeitsabteilung notwendig sei. Denn jedes Patent, das von der Anmelde- (Beschwerde-) Abteilung erlassen ist, besteht als Patent zu Recht solange, bis es die Nichtigkeitsabteilung vernichtet, mögen auch sämtliche materiellen und prozessualen Voraussetzungen fehlen.

Daß ein derartiges Patent, dem die materiellen Voraussetzungen fehlen, eben deshalb anfechtbar ist, ist im § 10 P. G. ausdrücklich bestimmt. Ob auch ein Patent, dem bloß die prozessualen Voraussetzungen fehlen, anfechtbar sei, sagt das Gesetz nicht. Dies ist vielmehr im folgenden aus dem ganzen Aufbau des Patentgesetzes zu ermitteln.

§ 14. Der Patenterteilungsbeschluß als der eigentliche Entstehungsakt des Patentes.

Im § 12 wurden die materiellen, in § 13 die prozessualen Voraussetzungen als für die Entstehung des Patentes unerheblich ausgeschieden. Es bleibt also als einziges wesentliches Moment für die Entstehung des Patentes übrig nur noch die Patenterteilung selbst, das ist der Beschluß der Abteilung (vergl. § 13, Abs. 1, § 14, Ziffer 1 und 3, Abs. 3 und § 4 P. G.). Es ist also nur noch zu untersuchen, welche Anforderungen an diesen Beschluß zu stellen sind. Auszugehen ist davon, daß die Patenterteilung eine amtliche Willenserklärung ist. Ebenso wie bei dem Privatmann

[57] Zum gleichen Ergebnis kommt auch Kormann. Er spricht zwar den Satz aus: „Der Mangel wesentlicher Formen begründet Nichtigkeit des Verwaltungsaktes“ (S. 260), damit meint er aber nur Mangel der Formen des Verwaltungsaktes selbst, d. h. derjenigen, „bestimmten Erscheinungsform, in der der betreffende Verwaltungsakt einzig existieren kann“ (S. 262), nicht aber Mängel in der Form des vorausgegangenen Verfahrens. Denn, so heißt es weiter auf S. 272: „Von den Formen des Verwaltungsaktes selbst sind scharf zu unterscheiden die Formen des Verfahrens, das ihm vorangeht. Ihre Verletzung bewirkt niemals Nichtigkeit, höchstens Anfechtbarkeit.“

nicht der im Innern vorhandene, aber noch nicht geäußerte Wille gilt, sondern nur der geäußerte, so auch beim Patentamt.[58] Die Vorschrift des § 15 P. G., daß Beschlüsse der Abteilung schriftlich auszufertigen und allen Beteiligten von Amtswegen zuzustellen sind, hat also insoweit nicht bloß instruktionelle Bedeutung. Sie ist vielmehr insofern wesentlich für die Wirksamkeit der patentamtlichen Entscheidung, als sie die normale Aeußerungsform des patentamtlichen Willens ist. Normalerweise ist also der Beschluß, und vor allem der Patenterteilungsbeschluß erst erlassen, wenn er gemäß § 15 P. G. zugestellt ist. Das Patentamt verkündigt jedoch häufig nach mündlichen Verhandlungen seine Beschlüsse. Es ist deshalb Hüfner[59] zuzustimmen, der einen Beschluß dann als erlassen ansieht, wenn er den Beteiligten ausgeliefert ist und der in der mündlichen Verkündung eine solche Auslieferung erblickt.[60]

Der Erteilungsbeschluß hat also 2 Voraussetzungen:

1. Er muß von der Abteilung gefaßt sein,
2. Er muß „ergangen", d. h. an die Beteiligten abgegangen, ihnen ausgeliefert sein.

Daß er ihnen vorschriftsmäßig, d. h. durch formelle Zustellung im Sinne des § 15 zugegangen ist, oder daß sie gar von ihm Kenntnis genommen haben, ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn sich das Patentamt des Beschlusses entäußert, und auf diese Weise seinen Willen erklärt hat. Die Form, in der dies geschieht, tut nichts zur Sache. Daraus ergibt sich für den § 15 P. G. eine doppelte Bedeutung: liegt sonst keine Entäußerungsform bezüglich des Beschlusses vor, so hat die Nichtbeachtung des § 15 die Nichtexistenz des Beschlusses zur Folge. Liegt dagegen eine andere Entäußerungsform vor, z. B. mündliche Verkündigung des Patenterteilungsbeschlusses, so kommt die Einhaltung des § 15 für die Wirksamkeit des Patenterteilungsbeschlusses und die Entstehung des Patentes nicht in Frage.

Aus allen diesen Betrachtungen ergibt sich also der bedeutungsvolle Satz: Die Patentwirkung entsteht:

1. durch Beschluß der Anmelde- oder Beschwerdeabteilung,[61]

---

[58] In diesem Sinne auch Kormann S. 183.

[59] GUR 08, S. 117; in diesem Sinne auch das Patentamt selbst, s. B. A. v. 17. 2. 04 PMZBl. 04, S. 264 und v. 2. 3. 07 PMZBl. 08 S. 8, auch Seligsohn § 15, Nr 3.

[60] Hüfner betont ausdrücklich und mit Recht, daß die mündliche Verkündung die spätere Zustellung nicht ersetzen könne. Denn nur die Zustellung setze die Rechtsmittelfrist in Lauf. Damit sei nicht zu verwechseln die Frage, wann die Entscheidung erlassen sei.

[61] Durch diesen Satz wird die Frage nach der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der sog. Privilegientheorie, wie sie z. B. Bolze in GUR 1892, S. 158 vertritt, nicht berührt. Dadurch, daß ausgesprochen wird, das Patent entstehe lediglich durch Erlaß des Patenterteilungsbeschlusses, ohne Rücksicht auf das Vorliegen der materiellen und prozessualen Voraussetzungen, ist noch lange nicht gesagt, das Patent sei ein Privileg.

2. durch Entäußerung dieses Beschlusses.

Damit ist auch klar geworden, was Adler[62] vorschwebt, wenn er schreibt, ein gewisses Minimum von Formen könne unter keinen Umständen entbehrt werden, denn ein von einem Schreiber erteiltes Patent müsse sicher als nichtig gelten, obwohl dieser Nichtigkeitsgrund im § 10 nicht aufgeführt sei. Hier handelt es sich nicht mehr um Formen, sondern darum, ob überhaupt ein Patenterteilungsakt stattgefunden hat. Das Minimum von Formen, das Adler verlangt, ist also nicht mehr und nicht weniger als die Notwendigkeit, daß ein Patenterteilungsakt durch die Anmelde- bzw. Beschwerdeabteilung stattgefunden hat. Nur wenn ein solcher Patenterteilungsakt des Patentamtes vorliegt, kann gefragt werden, ob dieser Akt noch wegen anderer als der im § 10 aufgeführten Gründe für nichtig erklärt werden könne. Dies ist der eigentliche Kern der Streitfrage. Setzt man voraus, wie Adler in seinem Beispiel mit dem Schreiber, daß ein derartiger Patenterteilungsakt gar nicht vorliegt, so stellt man sich außerhalb des Rahmens der Frage, und kann aus dem Ergebnis solcher Erwägungen Schlüsse für die Streitfrage selbst nicht ziehen.

§ 15. Vergleich mit dem Wiederaufnahmeverfahren des Zivil- und Strafprozesses.

Es ist in § 14 nachgewiesen worden, daß jeder Patenterteilungsbeschluß ein Patent erzeugt ohne Rücksicht auf die materiellen oder prozessualen Voraussetzungen. Daß ein solchergestalt erteiltes Patent anfechtbar ist, wenn auch nur eine einzige materielle Voraussetzung fehlt, ist in § 10 P. G. klar ausgesprochen. Es kann sich deshalb nur noch darum handeln, ob auch der Mangel der prozessualen Voraussetzungen Anfechtbarkeit bewirkt. Dies wurde in § 13 zunächst dahingestellt gelassen, und ist nun hier noch des näheren zu untersuchen.

Es wird mehrfach von den Schriftstellern, die den Standpunkt des Reichsgerichts teilen, betont, daß die Nichtigkeit, richtiger Anfechtbarkeit, des trotzdem erteilten Patentes nur durch die Verletzung solcher Verfahrensvorschriften bewirkt werde, von denen „anzunehmen oder doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß, wenn sie vermieden worden wären, das Patent nicht oder inhaltlich nicht so, wie es geschehen, erteilt worden wäre[63]“. Wenn diese Schriftsteller richtig verstanden werden, so wollen sie sagen: es gibt im Patentgesetz Vorschriften, die eine gerechte Prü-

---

[62] a. a. O. S. 116, Spalte 1.

[63] So Adler a. a. O. S. 168, Spalte 1 oben. In genau gleichem Sinne, wenn auch mit anderen Worten, Ephraim, Patentrecht, S. 313, Isay N. 9, § 10.

fung der materiellen Patentfähigkeit gewährleisten sollen; werden sie nicht eingehalten, so weiß man nicht, ob die materielle Patentfähigkeit auch gewiß richtig geprüft ist, und deshalb muß die Vernichtung eines dergestalt zu Stande gekommenen Patentes verlangt werden.

Diese Beweisführung ist falsch. Zweifellos gibt es solche Vorschriften des Patentgesetzes, die eine gerechte Prüfung der materiellen Patentwürdigkeit gewährleisten sollen (so insbesondere Vorschriften im Aufgebot, Auslegung, Ausschließung des Vorprüfers von der Beschlußfassung und dergl.). Und zweifellos besteht die Möglichkeit, daß das Patentamt die Prüfung nicht sorgfältig vorgenommen hat, wenn es gegen die Bestimmungen verstoßen hat. Insbesondere wenn das Aufgebot unterblieb, besteht die Möglichkeit, daß auf einen Einspruch das Patent nicht erteilt worden wäre. Allein, wenn man Zweifel hat, ob die materiellen Voraussetzungen auch genügend geprüft wurden, so lasse man sie einfach nachprüfen — im Nichtigkeitsverfahren. Die genannten Schriftsteller übersehen, daß infolge der Patenterteilung die Nachprüfung der materiellen Patentwürdigkeit gar nicht ausgeschlossen ist. Man gewinnt den Eindruck, daß Gedankengänge aus der Zivilprozeßordnung oder Strafprozeßordnung hereinspielen. Wenn beispielsweise in einem Feststellungsprozeß ein Mangel einer Maschine festgestellt wird, so kann nach Rechtskraft des Urteils der Mangel von keiner der Parteien mehr bestritten werden, auch wenn sich nachträglich zweifelsfrei ergibt, daß das Gericht sich getäuscht hat. Das Urteil steht einer Nachprüfung der materiellen Seite entgegen, kraft des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft.[64] Ergibt sich in diesem Fall, daß beim Urteil ein Richter mitgewirkt hat, der kraft Gesetzes ausgeschlossen war, so kann man allerdings sagen: Es ist die Möglichkeit vorhanden oder nicht ausgeschlossen, daß, wenn an seiner Stelle ein anderer Richter mitgewirkt hätte, der Irrtum vermieden worden wäre. Deshalb gibt in diesen Fällen die Zivilprozeßordnung die Möglichkeit, das rechtskräftige Urteil durch die Nichtigkeitsklage zu beseitigen (§ 579 ff. ZPO.). Genau so liegen die Verhältnisse im Strafprozeß. Beide Gesetze haben offenbar den Gedanken: Sind besonders grobe Verstöße vorgekommen (diese werden in den Gesetzen einzeln aufgeführt), so ist keine Gewähr für die materielle Richtigkeit des Urteils vorhanden; der Grundsatz der materiellen Rechtskraft wird hier zur Gefahr und muß deshalb in diesen konkreten Fällen durchbrochen werden. Zu diesem Zwecke halten diese Prozeßgesetze die Möglichkeit offen, in vereinzelten Fällen das rechtskräftige Urteil zu beseitigen, da dieses das Hindernis

[64] Gaupp-Stein § 322 II: „Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden."

für die nochmalige Nachprüfung seines materiellen Inhaltes ist. Die Bestimmungen der ZPO. und StPO. über Wiederaufnahme des Verfahrens sind also lediglich Sicherheitsventile gegen die Folgen der materiellen Rechtskraft.

Anders liegen, wie schon erwähnt, die Verhältnisse für das Patentgesetz. Dieses kennt keine materielle Rechtskraft im Sinne der anderen Prozeßgesetze.[65] Denn die Patenterteilung bietet ja kein Hindernis für die jederzeitige Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen des Patentes. Denn die Nichtigkeitsklage kann ja jederzeit erhoben werden. Warum sollte also erst der Patenterteilungsakt durch ein judicium rescindens entfernt werden, wenn er die Nachprüfung gar nicht hindert? Es besteht sonach für das Patentgesetz nicht der leiseste Grund, Bestimmungen einzuführen, die den Vorschriften der ZPO. und St.PO. über die Vernichtung rechtskräftiger Urteile (Wiederaufnahmeverfahren) entsprächen. Liegen aber die Verhältnisse dergestalt: Sehen diejenigen Gesetze, welche derartige Rechtsbehelfe brauchen (StPO. und ZPO.), derartige Rechtsbehelfe vor, und sieht das Patentgesetz, welches derartige Rechtsbehelfe nicht braucht, solche nicht vor, so muß aus dem Vergleich dieser Gesetze geschlossen werden, daß das Patentgesetz solche Rechtsbehelfe auch nicht haben wollte.

Diese Erwägungen treffen allerdings zunächst scheinbar nur zu auf das Patentgesetz von 1877, dessen § 27 die Nichtigkeitsklage gegen das rechtskräftig erteilte Patent ohne jede zeitliche Schranke zuließ. Dagegen hat das heute geltende Patentgesetz von 1891 in Absatz 3 seines § 28, der im übrigen dem früheren § 27 entspricht, bestimmt, daß ein Patent wegen Mangels der Voraussetzungen der §§ 1 und 2 P. G. nicht mehr zeitlich unbeschränkt, sondern nur noch innerhalb von 5 Jahren nach Bekanntmachung des Patentes angefochten werden dürfe. Jedoch ist durch diese Bestimmung dem Patenterteilungsbeschluß keine grundsätzlich andere Bedeutung als im Gesetz von 1877 beigelegt worden, insbesondere schafft auch nach diesem Gesetz von 1891 der Patenterteilungsbeschluß nach wie vor keine materielle Rechtskraft. Denn nach wie vor ist eine Anfechtung des Patenterteilungsbeschlusses wenigstens auf Grund von Ziff. 2 und 3 des § 10, zeitlich unbeschränkt zulässig, und auch die Anfechtung wegen Mangels der Voraussetzungen der §§ 1 und 2 P. G. kann ja ohne Rücksicht auf den Patenterteilungsbeschluß noch 5 Jahre lang erfolgen. Man kann also nicht sagen, der Gesetzgeber habe im Gesetz von 1891 durch Einfügen des Absatzes 3 in den § 28 seinen Standpunkt im Bezug auf die Frage der materiellen Rechtskraft des Patenterteilungsbeschlusses geändert. Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der neuen Bestimmung des Absatz 3 § 28 erreichen wollte, liegt vielmehr klar auf der Hand und ergibt sich ausdrücklich aus den

[65] Kent § 24, N. 11.

Motiven: Der Gesetzgeber wollte im Interesse der Stetigkeit des Rechts die Nichtigkeitsklagen tunlichst einschränken. Nur das wollte er und nichts weiter. Daraus folgt: Wenn er nach der ganzen Struktur des Gesetzes von 1877 keine Anfechtung wegen prozessualer Verstöße haben wollte, so wollte er eine solche auch nach dem Gesetz von 1891 nicht haben. Denn mit der Ausnahmebestimmung des Absatz 3 § 28 wollte er ja nicht die Struktur des Gesetzes von 1877 ändern, sondern nur den ganz speziellen Zweck erreichen, die Anfechtbarkeit der Patente einzuschränken. Es wäre eine Auslegung in fraudem legis, wollte man aus dieser ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers eine über die Anfechtmöglichkeiten des Gesetzes von 1877 hinausgehende Anfechtbarkeit von Patenten herleiten. Vielmehr bleibt es dabei: Dem Gesetze von 1877 ist der Gedanke an eine Anfechtung eines Patentes wegen prozessualer Mängel innerlich fremd. Erst recht fremd ist dieser Gedanke deshalb dem Gesetze von 1891, das gegenüber dem Gesetz von 1877 eine Einschränkung der Anfechtbarkeit anstrebt.

Es kommt aber noch ein weiterer Grund hinzu: für das Patentgesetz wären derartige Rechtsbehelfe nicht bloß unnötig, sie wären direkt schädlich. Es ist doch die Meinung der diese Rechtsbehelfe vermissenden Schriftsteller, daß diese Rechtsbehelfe dem materiellen Recht zu liebe nötig seien, um seine Verletzung zu verhüten. In Wahrheit würden sie aber gerade das materielle Recht, das sie schützen sollen, gefährden. Denn es ist zu beachten: Die Vernichtung eines Patentes ist etwas ganz anderes, als die Vernichtung eines rechtskräftigen Urteils. Wird das Urteil vernichtet, das dem Kläger tausend Mark zuspricht, so bleibt sein Anspruch auf die tausend Mark unberührt, wenn er überhaupt bestand. Denn das Urteil schafft ja diesen Anspruch nicht erst, sondern stellt lediglich sein Bestehen fest, es wirkt nicht konstitutiv, sondern deklarativ. Ist das Urteil durch judicium rescindens vernichtet, so kann der begründete Anspruch immer wieder durch judicum rescissorium zuerkannt werden. Wird aber der Patenterteilungsbeschluß vernichtet, so wird gleichzeitig auch das subjektive Patentrecht vernichtet. Denn der Patenterteilungsakt wirkt konstitutiv und nicht bloß deklarativ. Meist wäre dieses subjektive Patentrecht unwiederbringlich dahin, denn durch die Veröffentlichung der Patentschrift und offenkundige Benutzung wird meist die Neuheit zerstört sein. Setzt man also den Fall, es würde ein materiell vollständig einwandfreies Patent wegen Mangels eines Aufgebots vernichtet, so würde der Patentinhaber sein Patentrecht verlieren, obwohl er es bekommen hätte, auch wenn das Aufgebot ergangen ist.

Es ergibt sich deshalb der Satz: Eine Vernichtung von Patenten lediglich wegen formeller Verstöße ist unnötig, da das Patentgesetz keine materielle Rechtskraft kennt, sie ist ungerecht mit Rücksicht auf die Vorschriften über Neuheitsstörung. Durch

den Patenterteilungsbeschluß entsteht also immer ein Patent, das nur anfechtbar ist, wenn die materiellen Voraussetzungen fehlen. Daraus folgt: Das Patentgesetz, das die Prozeßmängel unter seinen Nichtigkeitsgründen nicht aufzählt, hat damit zum Ausdruck bringen wollen: Prozeßverstöße sind keine patentrechtlichen Nichtigkeitsgründe. Das durch den Patenterteilungsakt entstandene Patent (s. oben § 13 a. E.) ist also nur anfechtbar, wenn materielle Voraussetzungen fehlen. Fehlen bloß prozessuale Voraussetzungen, so ist es grundsätzlich unanfechtbar.

c) Die einzelnen Mängel.

§ 16. Vorbemerkung.

In den vorigen Paragraphen ist der Nachweis geliefert, daß prozessuale Verstöße als solche die Anfechtbarkeit eines Patentes grundsätzlich nicht bewirken. Damit ist noch nicht ausgeschlossen, daß es nicht prozessuale Mängel gibt, die den ganzen Erteilungsakt in Frage stellen[66], also Mängel, die zivilrechtliche Nichtigkeit — Nichtpatent — zur Folge haben. Außerdem besteht die Möglichkeit, daß ein prozessualer Mangel gleichzeitig einen der Tatbestände der materiellen Nichtigkeitsgründe des § 10 erfüllt. Nach beiden Gesichtspunkten hin sind im folgenden die einzelnen denkbaren Mängel zu untersuchen. Bei dieser Gelegenheit sind außerdem noch die von den Schriftstellern bezüglich der einzelnen Mängel vorgebrachten besonderen Gründe zu besprechen, soweit diese nicht schon in dem vorigen allgemeinen Teil Platz finden konnten.

1. Mängel, bezüglich deren Einstimmigkeit herrscht.

§ 17. Unerhebliche Mängel.

Nur wenige Mängel sind es, über die dahin Einstimmigkeit herrscht, daß sie keine Nichtigkeitsgründe seien. Es sind dies folgende:

1. wenn vorschriftswidrig eine Anmeldung mehrere Erfindungen enthält,
2. wenn die Vorschriften über die äußerliche Form der Beschreibungen und Zeichnungen nicht genau eingehalten sind,

---

[66] Gerade die schon oben zitierte Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. 11. 10. RGZ 74, Seite 395 ff. betont mit erfreulicher Schärfe den Unterschied zwischen Mangel des Erteilungsakts und Mangel des Erteilungsverfahrens.

3. wenn ein Zusatzpatent erteilt wurde, wo ein selbständiges Patent hätte erteilt werden müssen.[67]

Nur eine Ausnahme muß auch hier festgestellt werden. Kohler, der zwar nicht als Nichtigkeitsgrund ansieht, wenn ein Zusatzpatent mit dem Hauptpatent nicht im entsprechenden Zusammenhang steht,[68] hält dagegen ein Zusatzpatent für „null und nichtig", wenn es einem anderen als dem Inhaber des Hauptpatents erteilt worden ist[69].

Als Grund führt er an die „Unverbrüchlichkeit des Grundsatzes der Einheit der Person des Patentinhabers für die Giltigkeit des Patentes". Zweifellos besteht dieser Grundsatz der Einheitlichkeit. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz wäre in doppelter Richtung theoretisch denkbar:

a) Wenn das Patent die verschiedenen Erfindungsbestandteile verschiedenen Personen, jeder besonders, zum Patentschutz zuweisen würde. Da jede Anmeldung nur eine einzige Erfindung enthalten darf (§ 20 P. G.), so würde sich also der jeder einzelnen Person zugewiesene Patentanteil nur auf den Teil einer Erfindung beziehen. Diese Teilpatente wären einzeln gemäß § 10, Ziffer 1 P. G. anfechtbar, da der Gegenstand eines jeden dieser Teilpatente keine Erfindung im Sinne des § 1 P. G., sondern nur ein Bruchteil einer solchen wäre. „Null und nichtig", wie Kohler meint, wären diese Teilpatente nicht, ebensowenig wie in sonstigen Fällen ein reines Nichtpatent vorliegt, wenn der Gegenstand des Patentes den Anforderungen des § 1 P. G. nicht entspricht.

b) Ein zweiter theoretisch denkbarer Fall der Verletzung der Einheitlichkeit der Person wäre der, daß zwar nicht die Erfindung unter mehrere Anmelder geteilt würde, sondern daß das subjektive Patentrecht in die einzelnen Bestandteile des § 4 P. G. aufgelöst und jedem der Mitanmelder ein solcher Bestandteil einzeln zugeteilt würde, so daß beispielsweise der Mitanmelder A bloß das Herstellungs-, der Mitanmelder B bloß das Vertriebs- und der Mitanmelder C bloß das Gebrauchsrecht erhielte, daß also das Patentamt unter *bewußter* Zerreißung des „Grundsatzes der Einheitlichkeit der Person" jedem der einzelnen Anmelder nur eine Einzelbefugnis des § 4 zuerkennt, die übrigen Befugnisse dagegen *ausdrücklich aberkennt*. Ganz gleich läge selbstverständlich der Fall, wenn das Patentamt bei Vorhandensein nur *eines* Anmelders diesem bloß eine Einzelbefugnis des § 4

[67] s. Adler a. a. O., Seite 168, Isay § 10, Anm. 10, Allfeld Seite 145, Reichsgericht Urteil vom 17. 10. 98 in PMZBl. 99, Seite 27 und nach ihrem allgemeinen Standpunkt, Kent, § 10, N. 66, Seligsohn § 10 N. 13, Ziffer 1, auch Ephraim in GUR 07, S. 54 ff. zählt diesen Mangel nicht unter seinen 11 Nichtigkeitsgründen auf.

[68] Handbuch, letzte Anm. auf Seite 358 .

[69] Handbuch, Seite 334.

unter ausdrücklicher Aberkennung der übrigen erteilen wollte. Derartige „Patente“ oder richtiger „Patentrechts-Teile“ wären „null und nichtig“. Hier würde ein Patenterteilungsakt gar nicht vorliegen. Denn das Patentamt hat nur die Wahl, ein Patent im Sinne des § 4 P. G. zu erteilen oder zu versagen. Wollte es versuchen, etwas anderes als ein solches Vollpatent zu erteilen, so hätte es eben kein Patent erteilt, ein „Patent“erteilungsakt läge nicht vor, wir hätten Nichtpatente. Diesen zweiten Fall erwähnt Kohler[70] nicht. Er hat anscheinend nur den erstgenannten Fall im Auge. In teilweisem Gegensatz zu Kohler ergibt sich also der Satz: der Grundsatz der Einheit der Person ist nur insofern unverbrüchlich, als ein Patent, daß bloß über den Bestandteil einer Erfindung erteilt würde, nach § 10, Ziffer 1 anfechtbar, ein „Patentrechts-Teil“, dagegen, d. h. ein Patent, das nicht das Vollrecht des § 4, sondern nur eine Einzelbefugnis des § 4 unter gleichzeitiger Versagung der übrigen, verschafft, kein Patent, sonach ein Nichtpatent im Sinne des § 12 oben wäre.

Keiner dieser beiden Fälle trifft aber zu, wenn ein Zusatzpatent jemand anderem als dem Inhaber des Hauptpatentes erteilt wird. Denn der Inhaber des Zusatzpatentes hat sein Patent auf eine vollständige Erfindung erhalten, die den Vorschriften des § 1 entspricht, und deshalb nicht gemäß § 10, Ziffer 1 anfechtbar sein kann. Es ist ja nicht so, daß an den Gegenstand des Zusatzpatentes geringere Anforderungen hinsichtlich seiner Erfindungseigenschaften gestellt würden, als an den Gegenstand eines Hauptpatentes. Betont doch Kohler selbst[71] in völliger Übereinstimmung mit der gesamten Literatur und Rechtsprechung, daß die Zusatzerfindung eine Erfindung sei, „welche ein selbständiges Patent fordern könnte und welche der Patentträger nur eben mit seinem früheren Patent in Verbindung setzt. Eine Nötigung hierzu besteht nicht: er kann ebenso für seine zweite Erfindung ein zweites davon unabhängiges Patent begehren; ob das eine oder andere, steht in seinem freien Belieben.“ Aber nicht bloß eine vollständige Erfindung im Sinne des § 1 ist Gegenstand des Zusatzpatentes; das Zusatzpatent verleiht auch ein vollkommenes subjektives Patentrecht im Sinne des § 4 P. G. Der mit dem Inhaber des Hauptpatentes nicht identische Inhaber des Zusatzpatentes müßte also seine Befugnisse aus § 4 nicht mit dem Inhaber des Hauptpatentes teilen, etwa in der Art, daß er nur einen Teil dieser Befugnisse hätte. Das allerdings wäre möglich, daß er in der Ausübung seines Zusatzpatentes von dem Inhaber des Hauptpatentes abhängig wäre. Dies kann aber bei der Frage nach der Gültigkeit des einem anderen erteilten Zusatzpatentes keine Rolle spielen. Denn auch

[70] Handbuch, Seite 327.
[71] Handbuch, Seite 329.

zwei Hauptpatente können von einander abhängig sein und sind deshalb unbestrittenermaßen nicht nichtig. Ein Zusatzpatent, das einem anderen als dem Inhaber des Hauptpatentes erteilt worden ist, kann also weder nach § 10 Ziffer 1 für nichtig erklärt werden, denn ihm liegt eine vollständige Erfindung im Sinne des § 1 P. G. zu Grunde, noch kann es als ein wollkommen ungültiges Nichtpatent betrachtet werden, denn es liegt ein gültiger Patenterteilungsakt vor. Es ist also entgegen der vereinzelten Ansicht Kohlers und in Übereinstimmung mit der durchaus herrschenden Ansicht für voll gültig zu erachten.

Es wäre auch dem ganzen Institut des Zusatzpatentes zu viel Bedeutung beigemessen, wollte man hier Anfechtbarkeit oder gar absolute Nichtigkeit eintreten lassen. Denn das ganze Institut kommt doch bloß auf eine fiskalische Begünstigung des Inhabers eines Hauptpatentes hinaus. Wenn er seine Erfindung verbessert, soll er auch für diese Verbesserung Patentschutz erreichen können, ohne besondere Patentgebühren bezahlen zu müssen, dafür aber auch keinen längeren Schutz als den des Hauptpatentes genießen. Dies, und nur dies, ist die Bedeutung des Zusatzpatentes. Irgendwelche lebenswichtige Funktionen des Patentgesetzes werden also nicht verletzt, wenn gegen diese rein praktischen Vorschriften verstoßen wird.

2. Mängel, die möglicherweise den Erteilungsakt in Frage stellen.

§ 18. Mängel der Besetzung der Abteilung.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller sieht in der mangelhaften Besetzung der Abteilung keinen Anfechtungsgrund[72]. Nur Adler[73] und Ephraim[74] wollen ein derartiges Patent nicht gelten lassen. Ihre Gründe gipfeln in der Erwägung, daß „nicht mit Sicherheit gesagt werden könne, daß der Beschluß auch bei ordnungsmäßiger Besetzung ebenso ausgefallen wäre", oder, wie sich Ephraim ausdrückt, daß dieser Mangel zu den Mängeln gehöre, welche „die gerechte Prüfung der Patentfähigkeit angehen". Diesen Beweisgründen ist entgegenzuhalten: Glaubt man in die Richtigkeit des von der mangelhaft besetzten Abteilung erlassenen Patenterteilungsbeschlusses Zweifel setzen zu müssen, so lasse man diese Entscheidung einfach nachprüfen im Nichtigkeitsverfahren. Es ist ja schon oben gezeigt worden, daß das Patentgesetz den

[72] Seligsohn, § 10, N. 13, Ziff. 3, Kent § 10, N. 66, Kohler Handbuch, S. 358, 788, ferner auf Grund seines prinzipiellen Standpunkts Damme (s. o. § 10) und offenbar auch die übrigen in § 10 oben genannten Schriftsteller, die wenigstens diesen Mangel als Nichtigkeitsgrund nicht ausdrücklich erwähnen. S. a. Jellineck. a. a. O. S. 64.

[73] a. a. O. Seite 170.

[74] GUR. 07, Seite 54 ff.

Grundsatz der materiellen Rechtskraft nicht kennt. Die formelle Rechtskraft des Patenterteilungsbeschlusses steht aber der jederzeitigen Nachprüfung seiner materiellen Gültigkeit im Nichtigkeitsverfahren nicht entgegen. Es ist deshalb vollkommen unnötig, den Patenterteilungsbeschluß und damit das Patent selbst erst zu beseitigen, bevor man an die Nachprüfung seiner materiellen Voraussetzung geht. Adler hat aber noch einen weiteren Grund. Er sagt: § 14, Abs. 5 P. G. schreibe die entsprechende Anwendung der Bestimmungen der ZPO. über Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen vor. Nach § 579, Ziffer 2 ZPO. bilde aber die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters einen Nichtigkeitsgrund, also müsse auch die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Mitglieds bei der Patenterteilung kraft Gesetzesvorschrift einen Nichtigkeitsgrund bilden. Adler übersieht hier, daß der § 14, Abs. 5 nur „entsprechende" Anwendung gewisser Vorschriften der ZPO. vorschreibt. „Entsprechende Anwendung" heißt aber Anwendung, soweit die angezogenen Vorschriften passen. Die Vorschriften über die Nichtigkeit im Zivilprozeß passen aber schlechterdings nicht auf die patentrechtliche Nichtigkeit. Die Hauptsache aber, die Adler übersieht, ist, daß die Worte „Ausschließung von Gerichtspersonen" verba legis sind, die als Überschrift über dem 4. Titel des ersten Buches der ZPO. vor den §§ 41—49 stehen, während der § 579 im 4. Buch unter der Überschrift „Wiederaufnahme des Verfahrens" steht. Es ist also kein Zweifel: Der § 14, Abs. 5 P. G. schreibt bloß die entsprechende Anwendung der in den §§ 41—49 unter der Überschrift „Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen" zusammengefaßten Bestimmungen vor. Auch dieser Beweisgrund scheidet also aus.

Adler und Ephraim gehen aber weiter; sie halten ein von einer mangelhaft besetzten Abteilung erlassenes Patent nicht bloß für anfechtbar im Sinne des § 10 P. G., sondern für ein Nichtpatent. Adler sagt: „Auch diese Nichtigkeit könnte von der Anmelde- bzw. Beschwerdeabteilung jederzeit berücksichtigt werden, die an Stelle des mangelhaften, von ihr als nichtig zu erklärenden Beschlusses einen ordnungsmäßig gefaßten zu setzen hätte. Doch hat diese Nichtigkeitserklärung durchaus nichts mit der Nichtigerklärung durch die Nichtigkeitsabteilung gemein. Sie ist nichts anderes als die Feststellung, daß ein Beschluß noch nicht gefaßt ist." Und Ephraim[75] schlägt (de lege ferenda oder de lege lata?) vor, das Verfahren einfach da fortzusetzen, wo der Mangel entstanden ist. Diesem Vorgehen steht gebieterisch der Grundsatz der formellen Rechtskraft entgegen. Sowenig eine Strafkammer, die versehentlich in der Besetzung von 5 Richtern über eine Privatklage in der

[75] GUR. 10, S. 18 ff.

Berufungsinstanz entschieden haben mag, dieses Urteil bei der nächsten beratenden Sitzung einfach wieder kassieren kann, so wenig ist etwas derartiges einem Patenterteilungsbeschluß gegenüber zulässig; denn in beiden Gesetzen gilt gleichermaßen der Grundsatz der formellen Rechtskraft. Wie wäre etwas derartiges auch praktisch durchführbar? Wer entscheidet, ob die Abteilung ordnungsmäßig besetzt war? Die angeblich ordnungswidrig besetzte Abteilung, die den Beschluß erlassen hat, oder die angeblich richtig besetzte, die den Beschluß nicht erlassen hat? Wer hat Recht bei Meinungsverschiedenheiten? und wie weiter, wenn behauptet wird, es sei die Abteilung auch beim neuerlichen Beschluß wieder nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen?

Es müssen also folgende Grundsätze gelten: Auch der Patenterteilungsbeschluß einer vorschriftswidrig besetzten Abteilung ist grundsätzlich ein formell giltiger Patenterteilungsakt; seiner einfachen Ignorierung steht der Grundsatz der formellen Rechtskraft entgegen. Ein Bedürfnis, ihn zu vernichten lediglich wegen der mangelhaften Besetzung der Abteilung besteht nicht; denn der Patenterteilungsbeschluß macht keine materielle Rechtskraft, seine materiellen Grundlagen können vielmehr jederzeit im Nichtigkeitsverfahren nachgeprüft werden. Eine gesetzliche Vorschrift, daß ein derartig zu Stande gekommenes Patent für nichtig erklärt werden könne, besteht nicht. Also hat die mangelhafte Besetzung der Abteilung auf die Rechtsbeständigkeit des Patentes grundsätzlich keinen Einfluß.

§ 19. Grenze zwischen unrichtiger Besetzung und Mangel eines Erteilungsaktes.

Aus dem vorigen Paragraph ergibt sich, daß ein Patent voll giltig ist, wenn beispielsweise versehentlich der Vorprüfer, der einen Vorbescheid erlassen hatte, oder überhaupt kein rechtskundiges Mitglied an der Beschlußfassung teilgenommen hat, ferner, wenn vielleicht ein Mitglied sich während der Beschlußfassung vorübergehend entfernen sollte, die beiden anderen aber annehmen, das Mitglied habe schon in bestimmtem Sinne seine Stimme abgegeben, und wenn deshalb tatsächlich ohne das dritte Mitglied der Beschluß gefaßt worden ist, oder wenn, was kaum denkbar ist, die Abwesenheit des dritten notwendigen Mitglieds der Anmeldeabteilung überhaupt übersehen worden sein sollte.

Andererseits ist schon oben, § 14, nachgewiesen worden, daß das Patent immer, aber auch nur, entsteht durch den Beschluß einer Anmelde- oder Beschwerdeabteilung. Wo kein solcher Beschluß, da kein Patent. Daraus folgt: Es muß ein Beschluß gerade der Anmelde- oder Beschwerdeabteilung sein. Beschließt jemand

anderes, so entsteht jedenfalls kein Patent.[76] Unter diesen Gesichtspunkten ergibt sich mühelos die Erledigung der Beispiele Adlers[77]. Patentrechtlich gleich null, d. h. ein Nichtpatent, ist ein „Patent", das von einem Schreiber oder Drucker des Patentamtes, aber auch weiter, das von dem Vorprüfer allein, oder dem Präsidenten des Patentsamts allein, ja selbst von der Nichtigkeitsabteilung, und erst recht selbstverständlich ein „Patent", das von einer anderen Behörde als dem Patentamt, oder gar von einer Privatperson „erteilt" würde. Dies begegnet auch nirgends Zweifeln. Wie aber, wenn der Vorprüfer zusammen mit einem ordentlichen Mitglied der Abteilung das Patent erlassen wollte? Wir haben oben gesehen, die gesetzwidrige Mitwirkung des Vorprüfers bei der Beschlußfassung stellt die Existenz des Erteilungsbeschlusses noch nicht in Frage. Ebensowenig aber das Fehlen eines dritten Mitgliedes bei der Beschlußfassung. Also läge der Schluß nahe: Wenn nur zwei Mitglieder bei der Beschlußfassung anwesend sein sollten, auch wenn eines davon der Vorprüfer, oder ein sonstiges ausgeschlossenes Mitglied ist, so muß auch hier noch ein gültiges Patent zu Stande kommen, denn die Mitwirkung des Vorprüfers als solche und das Fehlen eines Mitgliedes als solches stellt ja die Existenz des Patenterteilungsbeschlusses noch nicht in Frage. Für sich allein, das wurde ebenfalls gezeigt, kann der Vorprüfer ein Patent nicht erteilen. Was ist also das ausschlaggebende Moment? Es möchte faßt scheinen, als ob wenigstens zwei Mitglieder der Abteilung ein wirksames Patent beschließen könnten, auch wenn der eine oder andere oder beide in concreto ausgeschlossen sein sollte. Aber, wenn sich beispielsweise zwei Mitglieder zufällig im Urlaub treffen, können sie dann auch ein Patent erlassen? Könnten sie es dann, wenn sich zufällig noch ein drittes Mitglied dazu gesellen sollte? Die Beispiele sind absichtlich kraß gewählt. Sie werden sich nie ereignen. Sie wurden so gewählt, um zu zeigen, daß die Grenze zwischen unrichtiger Besetzung und dem Fehlen eines Aktes der Abteilung flüssig sind. Wo aber liegt die Grenze? Ohne weiteres ergibt sich aus diesen Beispielen: Die Zahl der den Beschluß erlassenden Mitglieder ist nicht das wesentliche Moment.[78] Ebensowenig kommt es ausschließlich darauf an, daß nur Mitglieder der Anmelde- (Beschwerde-) Abteilung mitwirken. Es wird sich also schwer eine allgemein befriedigende, alle Möglichkeiten deckende Formel finden lassen. Man wird vielleicht sagen können: Es kommt dar-

[76] Vergl. hierzu Jellinek, S. 29, S. 54, S. 93, ferner Kormann S. 247, 257.

[77] a. a. O. S. 169 I.

[78] der Ansicht Jellineks a. a. O. S. 54, daß mindestens ein taugliches Mitglied mitgewirkt haben müße, wenn anders von einem Gericht — für unseren Fall von einer Abteilung — soll gesprochen werden können, kann trotzdem zugestimmt werden, denn es wird ja nur gesagt, die Zahl der Mitglieder sei nicht das wesentliche Moment.

auf an, ob die den Beschluß fassenden Mitglieder im ordnungsmäßigen Geschäftsgange des Patentamtes als Anmelde- bzw. Beschwerdeabteilung gehandelt haben. Sind die Beschluß fassenden Mitglieder in der Meinung, die berechtigten Repräsentanten der Abteilung zu sein, zu einer beratenden Sitzung zusammenzutreten und beschließen sie hier, so kommt ein Patent zu Stande, auch wenn die Besetzung nicht vorschriftsmäßig ist, denn hier will die Abteilung als solche Beschluß fassen.[79] In allen anderen angeführten Füllen beschließt die Abteilung nicht als solche, vielleicht beschließen einzelne ihrer Mitglieder, aber im Bewußtsein, daß sie in concreto die Abteilung nicht repräsentieren. Hier liegt dann kein Patenterteilungsakt vor.

§ 20. Weitere Grenzfälle.

Im vorigen Paragraph handelte es sich um Fälle, wo der angebliche Patenterteilungsakt von jemand anderem als der hierzu berufenen Abteilung erlassen worden ist. Damit sind die denkbaren Komplikationen noch nicht erschöpft. Es ist möglich, daß zwar die Abteilung als solche tätig war, daß im Anschluß an ihre Tätigkeit eine Patenturkunde erteilt wurde und trotzdem kein Patent, auch kein anfechtbares, entstand. Adler führt ein Beispiel an, das möglicherweise gelegentlich praktisch werden kann: Der Vorprüfer hat einen Patenterteilungsbeschluß vorbereitet; die Abteilung beschließt jedoch dem entgegen Ablehnung des Patentes; im Drange der Geschäfte fertigt versehentlicht der Vorsitzende diesen Entwurf des Vorprüfers aus, läßt ihn zustellen, späterhin eine Patenturkunde erteilen und das Patent in die Rolle eintragen. Die Rechtslage scheint klar: Es wurde oben im § 14 nachgewiesen, daß zur Entstehung eines — wenn auch anfechtbaren — Patentes zwei Momente gehören, nämlich 1. Beschlußfassung der Abteilung, 2. Auslieferung dieses Beschlusses an die Beteiligten. Keine die-

[79] a. A. Kormann. Er geht aus von dem Begriff der „relativen Unmöglichkeit", der absolute Nichtigkeit des Verwaltungsaktes zur Folge habe und nach ihm dann vorliegt, wenn „nur die handelnde Behörde das Geschäft nicht abschließen kann, eine andere es aber könnte" (S. 232). Einen solchen Fall relativer Unmöglichkeit nimmt er an (S. 246), wenn ein Kollegium gehandelt hat, das entweder nicht vollzählig war, oder bei dem ein absolut unfähiges Mitglied, z. B. ein Gerichtsschreiber im Strafkammerkollegium — im Gegensatz zu einem bloß relativ unfähigen Mitglied, einen ausgeschlossenen Richter (S. 278) — mitgewirkt hat. Zu Unrecht bringt Kormann diese Fälle nicht ordnungsmäßiger Besetzung unter den Begriff relativer Unmöglichkeit. Hat beispielsweise eine Strafkammer, die in der vorgeschriebenen Besetzung von drei Mitgliedern einige Privatklagesachen verhandelt, eine Offizialsache dazwischen eingeschoben und die vorgeschriebene Zuziehung zweier weiterer Mitglieder übersehen, so ist es doch immer die Strafkammer, die über die betreffende Offizialsache entschieden hat; es ist doch hier nicht so, daß „eine andere Behörde das Geschäft hätte abschließen können, während die handelnde Behörde nicht

ser Voraussetzungen ist in unserem Fall erfüllt. Was zugestellt wurde, ist nicht beschlossen, und was beschlossen ist, ist nicht zugestellt. Ein Erteilungsakt liegt also hier nicht vor. Die bloße Zustellung eines Schriftstückes, das äußerlich ein Patenterteilungsbeschluß ist, kann die Beschlußfassung selbst nicht ersetzen. Wir haben es hier also mit einem Nichtpatent zu tun. Eine Nichtigkeitsklage im Sinne des § 28 P. G. und eine Vernichtung durch die Nichtigkeitsabteilung ist nicht erforderlich. Dies ist ein Fall der Nichtigkeit, der jederzeit, auch von der Anmeldeabteilung selbst, berücksichtigt werden kann. Hier gilt das, was Ephraim und Adler wollen: Die Abteilung kann jederzeit einen formell gültigen Beschluß an Stelle dieses nichtigen Gebildes setzen. Der Vorsitzende könnte in diesem Fall jederzeit den Versagungsbeschluß, so wie er von der Abteilung gefaßt worden war, zustellen lassen; die Abteilung wäre aber, solange dies nicht geschehen ist, nicht gehindert, ihrerseits nochmals einen Beschluß zu fassen, ja einen Beschluß, der von dem früheren Beschluß abweicht. Der Grund der Verschiedenheit dieses Falles von den anderen Beispielen Adlers und Ephraims ist der, daß hier ein Beschluß der Abteilung, der formell das Verfahren abschließt, noch gar nicht entstanden ist. Denn zum Beschluß gehört ja nicht allein die Beschlußfassung, sondern auch seine Auslieferung an die Parteien. Hier hat also die Abteilung die Anmeldung noch gar nicht erledigt, denn der Beschluß ist noch nicht „ergangen". Solange der Beschluß aber noch nicht ergangen ist die Abteilung nicht an ihn gebunden.

§ 21. Die Bedeutung der Patenturkunde und des Rolleneintrags.

Aus dem Beispiel des vorigen Paragraphen ergibt sich, daß der Umstand ohne Bedeutung ist, daß bereits eine Patenturkunde erteilt und der Eintrag in die Rolle erfolgt war. Dies leitet zu der weiteren Frage über: Wie steht es, wenn in der Patenturkunde etwas anderes steht, als die Abteilung beschlossen hat und als zugestellt worden ist? Nach dem eben Ausgeführten im Zusammenhang mit oben § 14 muß eine derartige Abweichung für unerheb-

konnte", denn die Behörde, die das Geschäft hätte abschließen können, ist die Strafkammer, und die es abgeschlossen hat, ist ebenfalls „die Strafkammer". Es kann also nicht zugegeben werden, daß ein Kollegium, wenn es nicht vorschriftsmäßig besetzt ist, gewissermaßen seine Identität verliert. Ist es aber trotz unvorschriftsmäßiger Besetzung dieselbe Behörde geblieben, so sind ihm — vorbehaltlich der Anfechtung, z. B. nach § 579 ZPO. — dieselben Amtshandlungen „möglich", wie dem richtig zu besetzenden Kollegium, und alle diese Handlungen, die das Kollegium „als solches" (s. oben im Text) vornimmt, müssen deshalb grundsätzlich als wirksam angesehen werden.

lich gehalten werden. Es gilt eben, was beschlossen wurde, und nicht, was in der Patenturkunde steht. Isay[80] ist merkwürdigerweise scheinbar anderer Ansicht. Er behauptet, der Patenterteilungsakt bestehe „aus dem Erteilungsbeschluß und Urkunde hierüber. Stimmen Beschluß und Urkunde nicht überein, so ist insoweit das Patent nichtig." Oder meint Isay hier mit dem Wort Urkunde die Ausfertigung des Erteilungsbeschlusses nach § 15 P. G. und nicht die Erteilung der Patenturkunde nach § 27 P. G.? Jedenfalls wäre seine Ansicht nicht zutreffend, wenn er die Patenturkunde des § 27 meinte. Diese Urkunde wird ja nach § 27 erst erteilt, wenn das Patent „endgiltig", d. h. rechtskräftig erteilt ist. Auch ist weder die Geltendmachung der Rechte aus dem Patent, noch seine Übertragung von dem Besitz der Urkunde abhängig, noch läuft irgend eine Frist (für Beschwerde- oder Nichtigkeitsklage) von dem Zeitpunkt der Erteilung der Urkunde an. Die Erteilung der Urkunde hat also keinerlei Bedeutung für das Entstehen, Fortbestehen oder Erlöschen des Patentes. Etwaige Unrichtigkeiten oder Ungenauigkeiten der Urkunde können jederzeit berichtigt werden. Fast genau so ist es mit dem Rolleneintrag. Auch dieser ist jedenfalls für die Entstehung des Patentes unerheblich. Es gilt deshalb im Bezug auf Patenturkunde im Rolleneintrag das, was Kent[81] sagt: „Verfahrensmängel, die nach Erteilung des Patentes vorkommen, sind keine Nichtigkeitsgründe."

Andererseits können weder die Patenturkunde noch der Rolleneintrag selbständig ein Patent begründen.[82] Denn ein Patent entsteht eben nur durch den Beschluß der Abteilung und Kundgabe dieses Beschlusses. Ist also ein Patent, das in erster Instanz erteilt wurde (siehe das Beispiel Adler's), gleich in die Rolle eingetragen worden, und die Patenturkunde erteilt worden, so besteht das Patent nicht etwa auf Grund des Eintrags und der Patenturkunde fort, auch wenn es im Beschwerdeverfahren sollte endgiltig versagt werden. Die Patenturkunde und der Rolleneintrag führen keine selbständige Existenz, sie sind keine Patente, die vernichtet werden müßten.

3. Mängel der Anmeldung.

§ 22. Mängel der Anmeldung als Nichtigkeitsgrund i. S. des § 10, Ziffer 2.

Oben in den §§ 2 ff. ist der Nachweis versucht worden, daß jeder Mangel der Anmeldung ein gesetzlicher Einspruchsgrund

[80] § 10 Anm. 8.
[81] N. 68 zu § 10.
[82] So auch Schanze, Industrierechtl. Abhandlungen 1. Band, 2. Heft, Seite 1.

sei. Wäre die herrschende Ansicht[83], daß die „Einspruchsgründe den Nichtigkeitsgründen entsprechen", vorbehaltlos richtig, so müßte jeder Mangel der Anmeldung als Nichtigkeitsgrund betrachtet werden. Dem ist aber nicht so. Denn gerade bezüglich der Anmeldungsmängel ist eine bemerkenswerte Verschiedenheit im Wortlaut des Gesetzes festzustellen.

Vorauszuschicken ist, daß bekanntlich die Nichtigkeitsgründe sowohl wie die Einspruchsgründe allerdings insofern dieselbe Grundlage haben, als beide auf den §§ 1, 2 und 3 des Patentgesetzes beruhen, d. h.: die Mängel der §§ 1, 2 und 3 geben sowohl die Einspruchs- als auch die Nichtigkeitsgründe ab. Soweit es sich um Mängel der §§ 1 und 2 P. G. handelt, entsprechen sich Einspruchs- und Nichtigkeitsgründe restlos. Denn § 24, Abs. 2 läßt Einspruch zu, wenn behauptet wird,

„daß der Gegenstand nach §§ 1 und 2 nicht patentfähig sei",

und der § 10, Ziffer 1 erklärt ein Patent für nichtig, wenn sich ergibt:

„daß der Gegenstand nach §§ 1 und 2 nicht patentfähig war".

Also wortwörtliche Übereinstimmung.

Völlige Übereinstimmung der Einspruchs- und Nichtigkeitsgründe besteht auch, soweit es sich um Absatz 2 § 3 handelt. Denn Ziffer 3 § 10 erklärt als Nichtigkeitsgrund den von ihm wörtlich angeführten Tatbestand eben des Absatz 2 § 3, und § 24, Absatz 2 läßt als Einspruchsgrund zu die Behauptung,

„daß dem Patentsucher ein Anspruch auf das Patent nach § 3 nicht zustehe",

eine Formulierung, die also jedenfalls den Absatz 2 § 3 vorbehaltlos in seinem ganzen Umfang als Einspruchsgrund bezeichnet.

Bleibt also noch Absatz 1 § 3. Soweit dieser in Betracht kommt, geht der Wortlaut des § 10 und des Absatz 2 § 24 auseinander: § 24, Abs. 2 bestimmt mutatis mutandis als Einspruchsgrund aus Abs. 1 § 3 die Behauptung,

„daß dem Patentsucher ein Anspruch auf das Patent nach Absatz 1 § 3 nicht zustehe."

Ziffer 2 § 10 dagegen formuliert den Nichtigkeitsgrund aus Absatz 1 § 3 dahin,

„daß die Erfindung Gegenstand des Patentes eines früheren Anmelders ist".

Diese Verschiedenheit des Wortlautes fällt umsomehr auf, als im übrigen wörtliche Übereinstimmung zwischen Nichtigkeits- und Einspruchsgründen besteht. Eine bloße Zufälligkeit ist diese Verschiedenheit des Wortlautes nicht, vielmehr entspricht ihr eine Verschiedenheit der sachlichen Tragweite. Diese ergibt sich nach den Ausführungen oben in den §§ 2 ff. ohne Schwierigkeit:

---

[83] s. oben § 3, Anm. 7—11.

§ 24 läßt Einspruch zu, wenn ein Anspruch auf das Patent nach Absatz 1 § 3 — nur um diesen Absatz handelt es sich ja in diesem Zusammenhang — nicht zusteht. Absatz 1 § 3 aber läßt den Anspruch unbedingt nur entstehen, 1. wenn überhaupt eine Anmeldung, 2. eine Anmeldung nach Maßgabe des Gesetzes und 3. eine Anmeldung als erste (Priorität besitzende Anmeldung) vorliegt. Fehlt es auch nur an einem dieser drei Momente, so entsteht ein Anspruch auf das Patent nicht oder nicht unbedingt, und ist also ein Einspruchsgrund gemäß Absatz 1 § 3 gegeben.

Demgegenüber macht § 10, Ziffer 2 einen Ausschnitt aus diesen möglichen Mängeln der Anmeldung und erklärt nur das Moment 3 (Mangel der Priorität) als Nichtigkeitsgrund, und auch dieses nur dann, wenn die frühere Anmeldung zu einem Patent geführt hat. Deshalb kann man nicht sagen, die Nichtigkeitsgründe entsprechen den Einspruchsgründen. Denn dies verleitet zu der falschen Ansicht, es könne vorbehaltlos alles das mit der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, was mit dem Einspruch gerügt werden könne. Dies ist aber insoweit nicht richtig, als wie gesagt Mängel der Anmeldung sämtlich als Einspruchsgrund geltend gemacht werden können, dagegen nur ein einziger Mangel der Anmeldung, nämlich der Mangel der Priorität, auch als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich noch der weitere Satz: Alle Mängel der Anmeldung werden durch die Patenterteilung geheilt, mit Ausnahme des Mangels der Priorität.

Hieraus ergeben sich weitere interessante Folgerungen für den Fall von Kollissionen mehrerer Anmeldungen:

Der Fall, daß ohne jede Anmeldung ein Patent erteilt wird, wird wohl in dieser Kraßheit niemals eintreten. Dagegen kann aus rechtlichen Gründen die Anmeldung wieder wegfallen, insbesondere dadurch, daß sich der Anmelder nicht auf den Vorbescheid rechtzeitig erklärt. In diesem Fall gilt ja die Anmeldung kraft Gesetzes als zurückgenommen. Wird dies übersehen, und trotzdem das Patent erteilt, so kann sich der Patentinhaber auf keine Anmeldung berufen. Würde also auch nach der Patenterteilung — vorausgesetzt, daß die Neuheit noch nicht zerstört ist — ein anderer dieselbe Erfindung anmelden, so ergäbe sich folgende Rechtslage: Der anmeldelose Patentinhaber kann keinen Einspruch gegen die neuerliche Anmeldung einlegen mit der Behauptung, der neue Anmelder habe keinen Anspruch auf das Patent. Denn er müßte nachweisen, daß diese neue Anmeldung nicht die erste ist, sondern daß eine frühere Anmeldung vorliegt. Seine eigene Anmeldung aber kann demgegenüber nicht die frühere Anmeldung sein, denn sie ist ja weggefallen durch Zurücknahmefiktion. Die neue Anmeldung muß also zum Patent führen. Sobald dieses zweite Patent erteilt ist, kann dessen Inhaber, der neue Anmelder, das anmeldelose erste Patent mit der Nichtig-

keitsklage gemäß § 10, Ziffer 2 zu Fall bringen. Denn seine Anmeldung ist ja die frühere und sie hat zum Patent geführt. Trotzdem ist das anmeldelose Patent nicht schutzlos. Würde der neue Anmelder seine Erfindung auf die Beschreibungen usw. des anmeldelosen Patentinhabers gründen, so würde er sich der widerrechtlichen Entnahme im Sinne des § 3, Absatz 2 schuldig machen. Gegen die neue Anmeldung könnte deshalb der anmeldelose Patentinhaber Einspruch einlegen, zwar nicht auf Grund des § 3, Absatz 1, aber auf Grund des § 3, Absatz 2, eben wegen der widerrechtlichen Entnahme. Die neue Anmeldung könnte dann nicht zum Patent führen und eine spätere Nichtigkeitserklärung des anmeldelosen Patentes auf Grund des § 10, Ziffer 2, wäre ausgeschlossen. Der Mangel einer Anmeldung ist also eine Gefahr für den Patentinhaber nur im Falle einer Doppelerfindung. Und auch hier ist die Gefahr zeitlich beschränkt mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Gesetzes über Neuheitsstörung. Sobald nämlich die Patentschrift des anmeldelosen Patentes erschienen ist, oder die Erfindung offenkundig im Inland in Benutzung genommen ist, ist die Neuheit zerstört, eine Neuanmeldung derselben Doppelerfindung kann also nicht mehr zum Patent führen, da in diesem Falle der anmeldelose Patentinhaber schon auf Grund des § 2 P. G. Einspruch erheben und damit die neue Anmeldung wieder zu Fall bringen könnte. Würde er allerdings den Einspruch versäumen und sollte auch das Patentamt selbst die mangelnde Neuheit der Anmeldung übersehen, dann stünden sich scheinbar zwei anfechtbare Erfindungen gegenüber. Das anmeldelose Patent erschiene als anfechtbar, weil die neuerliche, prioritätsberechtigte Anmeldung zum Patent geführt hat; das auf die neuerliche Anmeldung erteilte Patent andererseits ist anfechtbar, weil die Erfindung nicht mehr neu war. Wie ist hier zu entscheiden, wenn beide gegeneinander Nichtigkeitsklage erheben? Man wird wohl sagen müssen, da die Nichtigkeitserklärung ex tunc wirkt, also das für nichtig erklärte Patent als von Anfang nicht bestehend anzusehen ist, so würde der Nichtigkeitsgrund des anmeldelosen Patentes wegfallen, wenn das andere Patent für nichtig erklärt würde. Denn der Nichtigkeitsgrund des anmeldelosen Patentes ist ja einzig und allein die Existenz dieses anderen Patentes. Würde andererseits das anmeldelose Patent für nichtig erklärt, so würde das den Nichtigkeitsgrund des anderen Patentes nicht berühren. Denn dessen Nichtigkeitsgrund — Mangel der Neuheit — ist von der Existenz des anmeldelosen Patentes unabhängig. Für beide Patente ist also die Rechtslage nicht dieselbe. Der Nichtigkeitsgrund des anmeldelosen Patentes ist in Schwebe, der Nichtigkeitsgrund des anderen Patentes dagegen unverrückbar gegeben. Es ist demnach kein Zweifel: Zuerst muß der Schwebezustand beseitigt werden. Es muß entschieden werden, ob der Nichtigkeitsgrund für das anmeldelose Patent ge-

geben ist oder nicht gegeben ist. Zu diesem Zweck muß vorweg über das andere Patent entschieden werden. Wird es für nichtig erklärt, so ist der Nichtigkeitsgrund für das anmeldelose Patent mit rückwirkender Kraft wieder weggefallen, hat also kraft Gesetzes nie bestanden. Die Nichtigkeitsklage gegen das anmeldelose Patent ist in diesem Falle abzuweisen. Wird dagegen das andere Patent für giltig erklärt, so muß das anmeldelose Patent vernichtet werden. Es müßte also bei einer derartigen Kollission das Verfahren über die Nichtigkeit des anmeldelosen Patentes ausgesetzt werden bis zur Erledigung des Nichtigkeitsverfahrens über das andere Patent.

Diese Komplikationen haben allerdings mehr theoretisches Interesse; praktisch werden sie wohl kaum werden. Der Normalfall, der gelegentlich vorkommen kann, wird der sein: zwei Personen melden eine Doppelerfindung an. Die frühere Anmeldung fällt weg infolge Zurücknahmefiktion. Das Patent wird trotzdem versehentlich auf diese Anmeldung erteilt. In diesem Falle muß die ursprünglich spätere Anmeldung, die nach Wegfall der ersten an die erste Stelle gerückt ist, ohne Rücksicht auf das Patent weitergeführt werden, und wenn sie ihrerseits zum Patent geführt hat, muß das auf die ursprünglich frühere Anmeldung erteilte Patent gemäß § 10, Ziffer 2 vernichtet werden.

Praktisch werden können auch folgende Fälle, in denen von Haus aus keine Doppelerfindung vorliegt. Es sind zwei Anmeldungen eingereicht, deren Gegenstand sich nicht deckt. Sollte das Patentamt auf die frühere Anmeldung ein Patent erteilen, das sich nicht mit der Anmeldung deckt, so wäre, soweit Inkongruenz zwischen Anmeldung und Patent vorliegt, das Patent ohne Anmeldung. Dieser inkongruente Teil des Patentes wäre nach den bisherigen Ausführungen nicht schon lediglich um deswillen nichtig, weil er einer Anmeldung entbehrt. Würde aber der inkongruente Teil des Patentes der früheren Anmeldung in die spätere Anmeldung übergreifen, so könnte der Inhaber des auf die spätere Anmeldung erteilten Patentes den inkongruenten Teil des ersten Patentes, weil er diesem gegenüber Priorität geltend machen kann, gemäß § 10, Ziffer 2 mit der Nichtigkeitsklage zu Fall zu bringen.

Ebenso ist es, wenn das Patentamt entgegen den Bestimmungen des Absatz 3 § 20 P. G. sachliche Änderungen der ursprünglichen Anmeldung zulassen sollte. An sich wäre das Patent, das auf also unzulässig geänderte Anmeldung erteilt würde, nicht nichtig, auch wäre der nachträglich hineingeänderte Teil nicht anmeldelos, denn es wird ja eben vorausgesetzt, daß die Anmeldung entsprechend geändert worden ist. Aber der Anmelder kann für den unzulässig geänderten Teil seiner Anmeldung nicht die ursprüngliche Priorität geltend machen. Wäre nun, bevor

diese unzulässige Änderung der Anmeldung erfolgte, von einem anderen eine Anmeldung eingereicht, die den nachträglich eingeschobenen Teil der ersten Anmeldung enthält, so könnte der zweite Anmelder, wenn er auf seine Anmeldung ein Patent erhalten hat, das erste Patent insoweit erfolgreich mit der Nichtigkeitsklage angreifen, als die Änderung der Anmeldung erst nach Einreichung seiner Anmeldung erfolgte, und sich mit dieser deckt. Denn insoweit wäre die Anmeldung des zweiten Anmelders die „frühere", der unzulässig geänderte Teil der ersten Anmeldung dagegen auf Grund des § 10, Ziffer 2 für nichtig zu erklären. All das ist die Folge des Satzes: Daß Mängel der Priorität der Anmeldung unheilbar sind.

§ 23. Sind Mängel der Anmeldung auch Nichtigkeitsgründe nach § 10, Ziffer 1?

Kohler[84] und mit ihm Isay[85] und Adler[86] sind der Meinung, daß Mängel der ziviliſtiſchen Anmeldung immer einen Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 10, Ziffer 1 P. G. bilden, da es in diesem Falle an einem Zeitpunkt für die Prüfung der Neuheit fehle. Denn, sagt Kohler, „die ziviliſtiſche Anmeldung ist entscheidend für die Neuheit, denn eine Erfindung muß im Moment der ziviliſtiſchen Anmeldung neu sein, und diese Neuheit und dieser kritiſche Moment der Neuheit sind vom Nichtigkeitsrichter nachzuprüfen." Daraus schließt er: „Fehlt es an der ziviliſtiſchen Anmeldung, so fehlt es an dem für die Neuheit maßgebenden Zeitpunkt: Die Erfindung kann daher unmöglich am maßgebenden Zeitpunkt neu sein." Dieser Schluß ist nicht überzeugend. Gesetzt den Fall, es stellt sich im Nichtigkeitsverfahren heraus, daß die Erfindung z. Zt. der Patenterteilung, oder vielleicht sogar noch im Nichtigkeitsverfahren selbst immer noch neu war, kann man da wirklich sagen: Die Erfindung kann unmöglich am maßgebenden Zeitpunkt der Anmeldung neu gewesen sein? Sicherlich nein. Denn der Zeitpunkt der Anmeldung liegt ja naturnotwendig vor dem Zeitpunkt der Patenterteilung oder gar der Nichtigkeitsklage. Wenn also das Patent zu einem späteren Zeitpunkt immer noch neu war, so ist es ein logiſch notwendiger Schluß, daß es zu einem früheren Zeitpunkt, auch wenn man diesen nicht bestimmen kann, selbstverständlich erst recht noch neu war. Die Ansicht Kohlers liefe auf eine unwiderlegliche praesumptio juris des Mangels der Neuheit bei einer anmeldelosen Erfindung hinaus, und angesichts der eben angeführten Erwägung erscheint es gewagt, eine solche unwiderlegliche Präsumption ohne weiteres

[84] Handbuch, Seite 356, anderer Ansicht Seligsohn § 10, Anm. 13, Ziffer 2.
[85] § 10, Anm. 21.
[86] a. a. O.

aus dem Gesetz herauslesen zu wollen. Der ganze Sinn des Gesetzes, das als Stichtag für die Neuheitsprüfung den Anmeldetag bestimmt, scheint auf eine andere Auffassung hinzuweisen. Denn offenbar wollte das Gesetz mit dieser Regelung dem Anmelder einen Dienst erweisen. Es wollte zum Ausdruck bringen: Als Gegenleistung für die Gefahr, die für dich aus der Preisgabe deiner Erfindung infolge der Anmeldung entsteht, wird dir der Vorteil gewährt, daß neuheitsstörende Umstände, die nach der Anmeldung eintreten, dir nichts schaden sollen. Bestünde diese Bestimmung zu Gunsten des Anmelders nicht, so wäre die Folge, daß die Anmeldeabteilung noch im Moment der Beschlußfassung über die Patenterteilung prüfen müßte, ob die Erfindung immer noch neu ist. Aus dieser Erwägung folgt, wie der anmeldelose Patentinhaber zu behandeln ist: Wird gegenüber seinem Patent mangelnde Neuheit im Nichtigkeitsverfahren geltend gemacht, so kann er sich nicht auf den für die Neuheitsprüfung ihm günstigeren Anmeldetermin berufen, denn eine solche Anmeldung ist ja nicht oder nicht mehr vorhanden. Es ist also gerade so, als bestünde die Vergünstigungsbestimmung des § 2 nicht. Die Folge ist, daß geprüft werden muß, ob die Erfindung noch im Moment der Patentierung neu war. Daraus ergibt sich: Ist das neuheitsstörende Ereignis vor der Patentierung eingetreten, so muß das Patent vernichtet werden. Ist es dagegen nach der Patentierung eingetreten, so schadet es auch dem anmeldelosen Patente nichts mehr. Daraus ergibt sich der Satz: Fehlt es an einer zivilistischen Anmeldung, so liegt es im Sinne des Gesetzes, als Stichtag für die Neuheitsprüfung an Stelle des Anmeldetages den Tag des Patenterteilungsbeschlusses zum Nachteil des Patentinhabers anzunehmen.

Daß hier entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ein anderer Stichtag für die Neuheitsprüfung zu Grunde gelegt wird, darf nicht Wunder nehmen. Das Gesetz kann das Verfahren nur für den Normalfall regeln. Gerät das Verfahren auf Abwege, so treten Rechtslagen ein, die das Gesetz vermieden wissen wollte. Derartige gesetzwidrige Rechtslagen kann und will das Gesetz nicht regeln, denn es will diese ja gerade vermieden wissen. Es ist also bloß selbstverständlich, daß für derartige Rechtslagen eine ausdrückliche Regelung nicht bereit steht. Und eben deshalb wäre es falsch, nun gleich mit den gröbsten Mitteln zu kommen, und ohne weiteres Nichtigkeit anzunehmen. Hier vielmehr muß rationelle Auslegung angewandt werden. Es muß gesucht werden, welche Regelung würde der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers am nächsten kommen. Und diese Regelung ist auf die gesetzwidrige Rechtslage anzuwenden.

In einem Fall allerdings könnte der anmeldelose Patentinhaber gegenüber der Geltendmachung mangelnder Neuheit besser gestellt sein: Wenn nämlich die 100 Jahre seit Erscheinen

der neuheitsstörenden Druckschrift in der Zwischenzeit zwischen der tatsächlich erfolgten (aber wieder weggefallenen) Anmeldung und der Patenterteilung abgelaufen wären. Beispiel: Am 1. April 1910 ist die Anmeldung erfolgt. Der Anmelder hatte sich bis 10. Oktober 1910 auf den Vorbescheid zu äußern. Die Äußerung hat er erst am 11. Oktober abgegeben. Die Verspätung ist übersehen und das Patent am 1. März 1911 erteilt worden. Es wird Nichtigkeitsklage erhoben und eine Druckschrift beigebracht, die am 1. Dezember 1810 erschienen war. Wäre in diesem Falle der Vorbescheid rechtzeitig beantwortet worden, so gälte die Anmeldung nicht als zurückgenommen. Als Stichtag für die Neuheitsprüfung gälte gemäß § 2 P. G. der Tag der Anmeldung, 1. April 1910. An diesem Tag wären die 100 Jahre seit dem Erscheinen der Druckschrift noch nicht abgelaufen gewesen, die Erfindung wäre z. Zt. der Anmeldung nicht (noch nicht) neu gewesen, das Patent müßte vernichtet werden. Es widerspricht dem gesunden Rechtsempfinden, daß der Anmelder aus der Verletzung des Gesetzes sollte Vorteil ziehen können. Aber auch hier findet sich unschwer ein praktisch befriedigender Ausweg. Es ist schon oben gesagt worden: Fälle, in denen überhaupt gar keine zivilistische Anmeldung vorliegt, sind kaum denkbar. Vielmehr fehlt es an einer zivilistischen Anmeldung wohl immer nur aus Rechtsgründen, sei es, daß die Anmeldung wegen Geschäftsunfähigkeit des Anmelders nichtig ist, oder daß das Gesetz sie deshalb als nicht vorhanden ansieht, weil sie zurückgenommen wurde oder kraft Gesetzes als zurückgenommen gilt. Nun kann ja das Gesetz ein Rechtsgeschäft zweifellos für nichtig oder unwirksam erklären. Doch kann es damit nur seine *Rechtswirkung* vernichten. Das Geschäft in seiner Eigenschaft als historische Tatsache ist schlechterdings unzerstörbar. Geschehen ist die als Rechtsgeschäft beabsichtigte Handlung, diese Tatsache bleibt. Das Gesetz kann nur sagen, ich lasse diese Tatsache nicht als Rechtsgeschäft gelten. Man wird also auch beim Fehlen einer zivilistischen Anmeldung immer in der Lage sein, festzustellen, welches der Tag der zivilistischen Anmeldung wäre, falls eine solche *rechtlich* vorläge. Es ist eben immer der Tag, an dem die rechtlich nichtige oder unwirksam gewordene Anmeldung tatsächlich erfolgt ist. Nichts hindert den Richter, diesen Tag festzustellen und im Nichtigkeitsverfahren zu prüfen, ob an diesem Tag die 100 Jahre seit Erscheinen der Druckschrift schon abgelaufen waren oder nicht.

Es muß also Kohler bestritten werden, daß der Mangel der zivilistischen Anmeldung eine unwiderlegliche Vermutung der Nichtneuheit begründe. Vielmehr liegt die Sache so: Fehlt es an einer zivilistischen Anmeldung, so kann sich der anmeldelose Patentinhaber im Nichtigkeitsverfahren nicht auf den für ihn *günstigeren* Tag der Anmeldung berufen, vielmehr muß er den Tag der Patenterteilung als Stichtag für die Neuheits-

prüfung gegen sich gelten lassen. Wäre dieser Tag für ihn günstiger, als der Tag der Anmeldung — im Falle des Ablaufs der 100 Jahre des § 2 in der Zwischenzeit zwischen Anmeldung und Patenterteilung —, so kann er sich zu seinen Gunsten nicht auf den (im Erteilungsverfahren übersehenen) Wegfall der Anmeldung berufen. Aber noch eine Schwierigkeit bietet sich. Die Anmeldung ist nicht bloß für die Neuheitsprüfung, sondern auch für die Patentdauer (§ 7 P. G.) maßgebend. Es fragt sich also: Wie lange währt ein anmeldeloses Patent? Sicherlich nicht ewig. Denn auch im äußersten Falle, daß überhaupt nie eine Anmeldung erfolgt wäre, auch nicht rein tatsächlich, würde durch einfachen Schluß a majore ad minus folgen: Das Patent dauert keinesfalls länger als 15 Jahre seit seiner Erteilung. Denn wäre eine Anmeldung vorhanden, so müßte sie zeitlich vor der Patenterteilung liegen, das Patent müßte dann also schon zu einem früheren Zeitpunkt erloschen sein. Dieser Fall wird jedoch wohl nicht praktisch werden. Denn wie schon erwähnt, wird als einfache historische Tatsache immer eine Anmeldung nachweisbar sein, bloß daß sie rechtlich nicht als zivilistische Anmeldung anerkannt wird. Hier gilt also das Gleiche, was bezüglich der Neuheitsprüfung gesagt wurde: Der anmeldelose Patentinhaber kann sich zu seinen Gunsten nicht auf den bei der Patenterteilung übersehenen Wegfall der Anmeldung berufen. Mit anderen Worten: Die Patentdauer ist von dem Tage der tatsächlich erfolgten, rechtlich unwirksamen oder unwirksam gewordenen Anmeldung an zu rechnen.

§ 24. Einige besondere Fälle mangelhafter Anmeldung.

Auch die Anmeldung einer nicht rechtsfähigen Person ist nichtig. Denn die zivilistische Anmeldung verlangt ja in erster Linie Rechtsfähigkeit (oben § 4). Wird auf die Anmeldung eines Rechtsunfähigen ein Patent erteilt, so ist die Rechtslage nicht dieselbe, wie wenn bloß die Anmeldung nichtig wäre. Hier kommt vielmehr noch als weiteres Moment hinzu, daß nun auch der Patentinhaber nicht rechtsfähig ist. Nun ist aber das Patent ein subjektives Recht und braucht eben deshalb ein Subjekt. Fehlt es an einem Subjekt, so kann es, eben weil es ein subjektives Recht ist, weder entstehen noch bestehen, denn ein subjektives Recht in abstracto, ohne Subjekt, ist ein Widerspruch in sich selbst. Daraus scheint zu folgen: beim Mangel der Rechtsfähigkeit eines Anmelders kann ein Patent nicht entstehen; ein trotzdem erteiltes Patent ist als Nichtpatent anzusehen. Grund dieser Erscheinung ist nicht die Nichtigkeit der zivilistischen Anmeldung, sondern das Fehlen eines Subjektes für das Patent als subjektives Recht. Gerade aus dieser Besonderheit des Grundes dieser Erscheinung ergeben sich für den aufgestellten Grundsatz Einschränkungen, die

ihm seine Bedeutung für die Praxis zum größten Teil rauben. Denn Nichtpatent wegen mangelnder Rechtsfähigkeit des Patentinhabers darf nur angenommen werden, wenn eben schlechterdings ein Subjekt fehlt. Gerade in dem praktisch häufigsten, wenn nicht einzigen, Fall der Anmeldung seitens eines nicht rechtsfähigen Vereins fehlt es aber nicht an einem Subjekt für das etwa erteilte Patent. Denn die Annahme der eigenen Rechtsfähigkeit und der eigenen Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person ist schließlich doch nur eine juristische Denkform. Wirtschaftlich gehört eben das, was dem rechtsfähigen Verein gehört, in erster Linie doch den Mitgliedern. Mag deshalb ein Verein rechtsfähig oder nicht rechtsfähig sein: rein wirtschaftlich betrachtet sind in beiden Fällen seine Mitglieder des Subjekt des Vereinsvermögens. Darum ergibt sich auch ohne Zwang die Möglichkeit, die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins als die Inhaber eines diesem Verein etwa erteilten Patentes anzusehen. In diesem Fall kann nicht gesagt werden: dem Patent fehle ein Subjekt. Ein solches ist vielmehr in Gestalt der Mitglieder tatsächlich vorhanden und nur unrichtig bezeichnet. Hier also kann der Mangel der Rechtsfähigkeit ein Nichtpatent nicht begründen.[87] Wenn auch durch diese praktisch bedeutsame Ausnahme der aufgestellte Satz seiner praktischen Tragweite so gut wie entkleidet wird, so besteht er doch theoretisch zu Recht. Denn immerhin lassen sich Fälle denken, in denen er praktisch werden könnte. Man denke an folgenden Fall: Der Vorstand einer Stiftung, der die staatliche Genehmigung versagt ist, meldet für die Stiftung ein Patent an. Oder: Der verschuldete Vater eines nasciturus meldet für diesen ein Patent an, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, der nasciturus kommt tot zur Welt. In derartigen Fällen dürfte tatsächlich ein Subjekt für das Patent fehlen und dadurch die Entstehung eines solchen verhindert werden. Auf eine nähere Kasuistik dieser Fälle braucht wohl nicht eingegangen zu werden, da sie zu entfernt liegen. Immerhin sind sie zu streifen, um die Existenzberechtigung des theoretischen Satzes darzutun. Dieser Fall des Nichtpatentes wegen Rechtsunfähigkeit des Anmelders und Patentinhabers ist nur eine scheinbare Ausnahme von der Regel, daß der Mangel der zivilistischen Anmeldung keine Nichtigkeit begründe und daß jeder Patenterteilungsakt notwendig ein, wenn auch vielleicht anfechtbares Patent, schaffe (s. o. § 14), denn wie gesagt, beruht hier die absolute Nichtigkeit nicht

[87] Ebenso Kormann S. 236: „einem nicht vorhandenen Rechtssubjekt kann nichts befohlen, nichts erlaubt, kein Recht entzogen noch verliehen werden. Gegen oder für ein nicht vorhandenes Rechtssubjekt ergangene Urteile sind nichtig; doch wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß man ein für einen nicht rechtsfähigen Verein ergangenes Urteil umdeutet in ein Urteil für die einzelnen . . . Vereinsmitglieder."

auf dem Mangel der Anmeldung, sondern auf dem Mangel eines Subjektes. Andererseits ist dieser Fall ein Beispiel für den Satz Binding's, der oben in der Einleitung zitiert wurde; daß es nämlich Fälle unheilbarer Nichtigkeit gäbe, auch wenn das Gesetz eine solche unheilbare Nichtigkeit nicht ausdrücklich vorsehe.

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Anmelder und späterer Patentinhaber ein unvertretener Geschäftsunfähiger ist. Hier ist zwar die Anmeldung ebenfalls nichtig, aber das Patent giltig. Die Geschäftsunfähigkeit verhindert ja den Geschäftsunfähigen nicht, Subjekt eines subjektiven Patentrechtes zu sein, ebenso wie ja der Geschäftsunfähige beispielsweise Subjekt eines Erbschaftsanfalles sein kann. Denn in beiden Fällen tritt die Rechtsveränderung nicht kraft des erklärten Willens des Geschäftsunfähigen, sondern auf Grund eines anderen, außerhalb des Willens des Geschäftsunfähigen liegenden Vorganges ein, im Falle der Patenterteilung auf Grund des Erteilungsaktes, im Falle des Erbanfalles auf Grund des Erbfalles. Diesen beiden rechtsverändernden Vorgängen steht die Geschäftsunfähigkeit nicht entgegen. Denn die Geschäftsunfähigkeit bedeutet ja nur, daß der damit Behaftete keine Rechtsgeschäfte vornehmen kann, daß er also durch seine Willenserklärung keine Veränderung von Rechten verursachen kann. Rechtsveränderungen, die nicht auf Grund seiner Willenserklärung eintreten, sondern, wie in den Beispielen, auf Grund anderer Rechtsvorgänge, treten ein auch ohne Rücksicht auf die Geschäftsunfähigkeit des betroffenen Subjektes.[88] Trotzdem kann natürlich der Geschäftsunfähige mit dem Patent nichts anfangen. Denn seine Befugnisse laut §§ 4, 35 ff. P. G. kann er nicht geltend machen, eben weil er hierzu einer Willenserklärung bedürfte und weil seine Willenserklärungen nichtig sind. Ist sonach das Patent in der Hand des unvertretenen Geschäftsunfähigen zwar unwirksam, so ist es trotzdem nicht nichtig, d. h. kein Nichtpatent. Denn sobald der Geschäftsunfähige einen gesetzlichen Vertreter bekommt, lebt das Patent voll auf; der gesetzliche Vertreter kann das Patent namens des vertretenen Geschäftsunfähigen nach allen Richtungen hin geltend machen.

Kein Fall einer mangelhaften Anmeldung liegt vor, wenn auf eine mangelfreie Anmeldung das Patent versehentlich jemand anderem als dem Anmelder erteilt werden sollte. Kohler[89] weist mit Recht darauf hin, daß das Patentamt nur das Verhältnis

[88] Die Ausführungen Adlers S. 174, Ziffer 3, der im Gegensatz zum Geschäftsunfähigen den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten deshalb anders behandelt wissen will, weil ihm „nicht die Fähigkeit fehle, Rechte für sich zu erwerben", trifft jedenfalls für das deutsche Recht nicht zu. Denn auch der Geschäftsunfähige kann Rechte erwerben, (Erbanfall!) bloß nicht kraft seiner Willenserklärung.

[89] Handbuch, Seite 357. s. a. o. § 1.

zum Publikum zum Austrage zu bringen hat und es Sache der Beteiligten ist, sich über ihr besseres Recht an dem Patent auseinanderzusetzen.

4. Unrichtige Leitung des Verfahrens durch die Abteilung.

§ 25. Mängel des Aufgebotes und der Auslegung.

Es ist schon oben im § 9 angeführt worden, daß nun neuerdings auch das Reichsgericht in seiner erwähnten Entscheidung vom 5. November 1910 anerkannt hat, daß Mängel des Aufgebotes und der Auslegung — entgegen dem früheren reichsgerichtlichen Standpunkt — keine Nichtigkeitsgründe seien.[90] Dieses Urteil weist mit erfreulicher Schärfe darauf hin, daß bei Mangel des Aufgebots „nicht ein formeller Mangel des Erteilungs*aktes* in Frage stehe, also nicht ein Fall, wo etwa der Zweifel möglich wäre, ob überhaupt ein Patent erteilt sei". Dieser Hinweis trifft den Kern der Frage und entspricht den obigen Ausführungen im § 14, wo nachgewiesen wurde, daß nur der Patenterteilungsakt als solcher das Patent schafft, ohne Rücksicht auf das vorangegangene Verfahren. Auch der weitere Hinweis des Reichsgerichtes ist voll überzeugend, daß es wenig angemessen wäre, wenn ein Patent, das sich im Nichtigkeitsverfahren als materiell gerechtfertigt ausgewiesen hätte, deswegen vernichtet würde, weil die Prüfung der gleichen Angriffe nicht schon vorher im Einspruchsverfahren erfolgt war. Die völlige Unhaltbarkeit der gegenteiligen Meinung würde vielleicht noch schärfer erscheinen, wenn man sagen würde: Es wäre ungerecht, ein materiell gerechtfertigtes Patent lediglich deshalb zu vernichten, weil dieselben *unberechtigten Angriffe* gegen dieses Patent nicht *schon früher* im Einspruchsverfahren *als unberechtigt zurückgewiesen* worden waren. Denn darauf kommt es hinaus: Genau dieselben materiellen Einwendungen, die im Einspruchsverfahren geltend gemacht worden sind, können ja der Regel nach auch im Nichtigkeitsverfahren geltend gemacht werden. Entweder sind diese Einwendungen berechtigt, dann wird eben das Patent vernichtet, oder diese Einwendungen sind unbegründet: dann wären sie auch unbegründet gewesen, wenn sie schon vorher nach vorausgegangenem Aufgebot im Einspruchsverfahren geltend gemacht und zurückgewiesen worden wären.

[90] Merkwürdigerweise stellt sich Kohler, der bisher, s. o. den Standpunkt vertreten hat, daß Verfahrensmängel ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Patentes seien, neuerdings — siehe sein Lehrbuch 1908, S. 167 — auf den Standpunkt, in dem Unterbleiben des Aufgebotverfahrens müsse ein Patententstehungsmangel erblickt werden, weil, was im Patentwesen nicht öffentlich sei, für die Allgemeinheit nicht vorhanden sein könne. Gegen ihn Nichtigkeitsabteilung v. 7. Dez. 08., PMZBl. 09, S. 205.

Dieser schlagenden Beweisführung des Reichsgerichts gegenüber kann die Begründung Hüfner's[91] nicht überzeugen. Hüfner sagt: Wenn der § 23, Absatz 5 vorschreibe, nur in dem einen Fall (wo Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung geboten ist) dürfe ein Anspruch, der vorher nicht bekannt gemacht ist, patentiert werden, so folge daraus, kraft des Beweisgrundes aus dem Gegenteil, daß in allen anderen Fällen, wo die Bekanntmachung unterblieben sei, ein Fall unheilbarer Nichtigkeit vorliege. Diese Schlußfolgerung ist nicht richtig. Aus der Bestimmung des § 23, Absatz 5 folgt nur die von keiner Seite bestrittene Rechtsregel, daß in allen anderen Fällen eine Bekanntmachung erfolgen müsse. Dafür, was sei, wenn trotzdem diese Bekanntmachung unterbleibe, folgt aus § 23, Absatz 5 gar nichts. Hüfner hat also ein Glied in der Beweiskette übersprungen. Mit dieser Begründung könnte Hüfner bei jedem Verfahrensmangel unheilbare Nichtigkeit nachweisen. Denn ebenso bestimmt verlangt ja § 12, daß der Auslandsbewohner den Anspruch auf das Patent *nur* geltend machen könne durch einen inländischen Vertreter[92] und nicht weniger bestimmt befiehlt der § 20, „die Anmeldung *muß* den Antrag auf Erteilung des Patentes enthalten". Warum nimmt Hüfner nicht auch in diesen Fällen unheilbare Nichtigkeit an?

§ 26. Sonstige Verfahrensverstöße.

Nahe verwandt mit dem Unterlassen des Aufgebots und der Auslegung ist die Nichtbeachtung eines Einspruchs. Auch hier ist kein Grund einzusehen, weshalb das Patent vernichtet werden sollte[93]. Es gilt hier genau dasselbe, was im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde. Doch kommt hier noch ein weiteres hinzu: Der nichtbeachtete Einsprechende ist beschwerdeberechtigt und zwar beginnt die Beschwerdefrist für ihn erst, wenn ihm der Patenterteilungsbeschluß zugestellt wird. Hier liegt also erst recht ein Bedürfnis nach einer Vernichtung des Patentes nicht vor, noch weniger als im Falle des vorigen § 25, wo eben infolge des Unterbleibens des Aufgebots kein Einsprechender und deshalb kein Beschwerdeberechtigter vorhanden sein kann.

Für weitere denkbare Verfahrensverstöße, wie z. B. Nichtzuziehung des Einsprechenden zu Beweiserhebungen oder Zulassung des Anmelders zum Eid[94] oder Verweigerung einer münd-

[91] GUR. 09, Seite 317, ff.

[92] Tatsächlich sucht Adler mit dieser Beweisführung die Nichtigkeit eines von dem Auslandbewohner ohne inländischen Vertreter erworbenen Patentes zu begründen. Seite 174, Ziffer 4.

[93] a. A. Ephraim, s. o. § 10.

[94] Beides ist unbestritten ein Verfahrensverstoß, s. Seligsohn § 25 N. 2. Auf die Beweisaufnahme finden bezüglich der Parteiöffentlichkeit die Vorschriften der §§ 357, 397 ZPO. unbestritten Anwendung.

lichen Verhandlung[95] in der Beschwerdeinstanz entgegen § 26, Absatz 3 und dergleichen mehr gilt nichts besonderes. Immer wieder muß eben betont werden, daß der Patenterteilungsbeschluß mangels materieller Rechtskraft der ausgiebigsten Nachprüfung zugänglich ist und deshalb ein Bedürfnis, ihn erst zu vernichten, um diese Nachprüfung zu ermöglichen, nicht besteht. Nur der Vollständigkeit halber sei angeführt, daß es sich um keine Verstöße gegen Verfahrensvorschriften handelt, wenn der Patentinhaber die Gebühren nicht rechtzeitig zahlt. Dies ergibt sich schon rein äußerlich daraus, daß dieser Fall erst nach Erteilung des Patentes eintreten kann, also zu einer Zeit, wo das Verfahren längst abgeschlossen ist. Dieses Erlöschen geschieht kraft Gesetzes unabhängig von irgend einem behördlichen Akt. Es braucht nicht etwa die Nichtigkeitsabteilung dieses Erlöschen zu sanktionieren, vielmehr kann dieses Erlöschen, oder das Erlöschen infolge Zeitablaufs oder Verzichts, jederzeit und vor jedem Richter, beispielsweise dem Eingriffsrichter, geltend gemacht werden. Es bedeutet ein Leugnen des Klagegrunds und hat zur Folge, daß der Richter, der dieses Erlöschen feststellt, die auf das Patent gegründete Klage abweisen muß.

III. Das Ergebnis.

§ 27. Aufzählung der Fälle von Nichtpatenten.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß nur in folgenden Fällen ein absolut nichtiges Patent, ein Nichtpatent, vorliegt:

1. Das Patentamt erteilt einem Anmelder nicht das Vollrecht des § 4, sondern nur einzelne der im § 4 aufgeführten Befugnisse, unter gleichzeitiger Aberkennung der übrigen Befugnisse (o. § 17).

2. Dem Patent fehlt ein rechtsfähiges Subjekt (was beim nicht rechtsfähigen Verein nicht der Fall ist — o. § 24).

3. Der Patenterteilungsakt ist gar nicht von der Anmelde- (Beschwerde-) Abteilung, auch nicht von der unrichtig besetzten Abteilung, sondern von jemand ganz anderem erlassen (o. § 19).

4. Es ist zwar die Ausfertigung eines Patenterteilungsbeschlusses zugestellt, ein solcher Beschluß jedoch von der Abteilung nicht gefaßt worden (o. § 20).

5. Es ist zwar eine Patenturkunde ausgefertigt worden oder der Eintrag in die Rolle erfolgt (oder beides zusammen), ein Patenterteilungsbeschluß durch die Abteilung jedoch nicht vorausgegangen (o. § 21).

Zweierlei Arten von Gründen also sind es, die absolute Nichtigkeit (Nichtpatent) bewirken, nämlich Fehlen eines rechtsfähigen Subjektes des Patentrechts (oben Ziff. 2) und Fehlen

[95] vgl. hierzu auch Kormann S. 278, der zustimmt.

eines von der Anmelde- (Beschwerde-) Abteilung erlassenen Patenterteilungsbeschlusses (oben Ziff. 1, 3, 4, 5). Dieser inneren Nichtigkeit gegenüber ist es die Eintragung in die Rolle oder die Existenz einer Patenturkunde, die äußerlich den Schein eines in Wahrheit nicht bestehenden Patentes erweckt.

In allen diesen fünf Fällen liegt überhaupt kein Patent, also kein nach § 10 anfechtbares, sondern ein Nichtpatent vor. Alle fünf Fälle haben das gemeinsam, daß das vorliegende Rechtsgebilde nicht erst für nichtig erklärt werden muß, um seine Wirksamkeit nach außen zu verlieren. Ja, eine Nichtigkeitsklage erscheint de lege lata geradezu ausgeschlossen. Würde sie erhoben, so müßte sie mangels eines Streitgegenstandes als ungenügend substanziiert abgewiesen werden. Denn die Nichtigkeitsklage kann sich nach § 10 P. G. bloß gegen ein anfechtbares Patent, nicht auch gegen ein Nichtpatent richten; denn hier ist ja nichts zu vernichten. Gleichen sich insofern die 5 Fälle von Nichtpatenten in ihrer materiellen Bedeutung, so unterscheiden sie sich andererseits in ihrer prozessualen Bedeutung. In den Fällen 3—5 kann unbedenklich zugegeben werden, daß hier die Anmelde- bzw. Beschwerde-Abteilung jederzeit an Stelle dieses mangelhaften Patentes ein mangelfreies setzen kann, wie dies Adler und Ephraim grundsätzlich annehmen. Denn zweifellos kann nur durch die Tätigkeit der betr. Abteilung das Verfahren formell abgeschlossen werden. In den Fällen 3—5 hat aber gerade die Abteilung den Beschluß, der das Verfahren abschließen sollte, nicht erlassen. Durch diese rechtlichen Truggebilde, hinter denen in Wahrheit kein von der Abteilung gefaßter Beschluß steht, kann also die Abteilung füglich nicht gehindert sein, ihrerseits das Verfahren formell abzuschließen, und materiell das Patent zu erteilen oder zu versagen.

Anders in den Fällen 1 und 2. Hier liegt die Sache so, daß die Abteilung es war, die den Beschluß erlassen hat, der das Anmeldeverfahren abschließen sollte. Die Tatsache allein, daß der mit diesem Beschluß bealsichtigte materielle Effekt nicht erreicht wurde, kann dem Beschluß seine prozessuale Bedeutung als Abschluß des Verfahrens nicht rauben. Ähnlich kann übrigens der Fall 5 liegen. Setzt man ihn so, daß die Abteilung das Patent versagt hätte und der Beschluß hierüber zugestellt, trotzdem aber die Patenturkunde ausgefertigt und der Rolleneintrag gemacht worden wäre, so läge ein formeller Abschluß vor, und ein nochmaliger Abschluß des Verfahrens, durch abermalige Versagung oder gar Erteilung des Patentes wäre hier entsprechend dem Grundsatz der formellen Rechtskraft in demselben Verfahren ausgeschlossen.

Die Tatsache allein, daß materiell ein Nichtpatent vorliegt, berechtigt also die Abteilung nicht, an Stelle des das Nichtpatent enthaltenden Beschlusses einen mangelfreien zu setzen. Vielmehr kommt es darauf an: Ist das Nichtpatent in einem ordnungs-

mäßig ergangenen Beschluß der Abteilung enthalten, dann ist das Verfahren formell erledigt. Liegt dagegen ein das Verfahren abschließender Beschluß durch die Abteilung nicht vor, oder ist ein solcher Beschluß wenigstens noch nicht in die Erscheinung getreten (Fall 4), so kann die Abteilung unter vollständiger Ignorierung des Nichtpatentes jederzeit das Verfahren formell zum Abschluß bringen.

§ 28. Gesetzgeberische Erwägungen.

Andere Fälle von Nichtpatenten gibt es nicht. Es hat sich also gezeigt, daß nur das Fehlen eines rechtsfähigen Patentinhabers und solche prozessualen Verstöße, die einen Erteilungsbeschluß der Abteilung überhaupt nicht zur Entstehung gelangen lassen, absolute Nichtigkeit des trotzdem durch versehentliche öffentliche Registrierung scheinbar bestehenden Patentes (Nichtpatent) begründen. Alle übrigen prozessualen Verstöße sind grundsätzlich ohne Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des in derart mangelhaftem Verfahren erteilten Patentes, jedoch mit einer scheinbaren Ausnahme. Es können nämlich bestimmte, ursprünglich rein prozessuale, Mängel der Anmeldung zum materiellen Nichtigkeitsgrund des § 10, Ziffer 2 werden. Alle Vorkommnisse, die die zivilistische Anmeldung nichtig oder unwirksam werden lassen, nehmen ja dem trotzdem erteilten Patent seine Priorität. Erfolgt nun nochmalige Anmeldung desselben Gegenstandes seitens eines anderen, und erlangt dieser ein Patent, so ist die Priorität auf dieses letztere Patent und dessen Anmeldung übergegangen, und damit der Nichtigkeitsgrund des § 10, Ziffer 2 P. G. gegeben. Es bleibt also dabei, prozessuale Verstöße als solche können grundsätzlich nicht zur Begründung einer Nichtigkeitsklage im Sinne der §§ 28 ff. P. G. dienen. Eine besondere Klage zur Geltendmachung der absoluten Nichtigkeit (Nichtpatent) gibt es aber nach dem bestehenden Gesetz nicht. Dagegen kann selbstverständlich nach allgemeinen Grundsätzen das Nichtpatent der Gegenstand einer (negativen) Feststellungsklage werden.

In weitergehendem Maße kann der Einspruch auf Prozeß-Verstöße begründet werden. Zwar zählt der § 24, Absatz 2 P. G. die Einspruchsgründe erschöpfend auf und erwähnt Prozeßverstöße nicht ausdrücklich. Aber die letzte Gruppe dieser gesetzlichen Einspruchsgründe, soweit sie auf § 3, Absatz 1 beruht, schließt alle denkbaren Mängel der Anmeldung ein. Alle diese Mängel der Anmeldung können also mit Einspruch gerügt werden.

Ganz unbeschränkt können prozessuale Verstöße mit der Beschwerde gerügt werden, denn die Beschwerde braucht ja überhaupt keine Begründung; nur an sich zulässig muß sie sein.

Dieses Ergebnis, daß Prozeßverstöße in weitergehendem Umfange als gemeinhin angenommen werden, auch nach dem geltenden Recht mit Einspruch gerügt werden können, mag nicht unbefriedigend sein. Denn der Einspruch ist ja nach der Absicht des Gesetzes die Form, in welcher das Publikum im weitesten Umfange zur Prüfung der Patentwürdigkeit einer Erfindung herangezogen werden soll, und eben diese Mitwirkung des Publikums strebt ja der Gesetzgeber an. Weniger befriedigend dagegen ist, daß immer noch 5 Fälle von absoluter Nichtigkeit (Nichtpatent) übrig geblieben sind, obwohl in vorstehender Arbeit ein Standpunkt vertreten ist, der den Einfluß prozessualer Verstöße auf die Gültigkeit des Patentes tunlichst einzuschränken sucht. Mit diesem de lege lata unvermeidlichen Ergebnis mag man sich leicht abfinden, soweit die beiden ersten der oben im § 27 aufgezählten Fälle in Frage kommen, nämlich das Nichtpatent wegen Verweigerung des Vollrechtes und Erteilung nur einer Einzelbefugnis (Ziffer 1 daselbst) und das Nichtpatent wegen Fehlens eines rechtsfähigen Patentinhabers (daselbst Ziffer 2). Denn beide Fälle werden wohl nie praktisch werden. Der 1. Fall sicher nie; er wurde ja auch in dieser Arbeit nur entwickelt im Anschluß an den von Kohler betonten „Grundsatz der Unverbrüchlichkeit der Einheit der Person"; er hat lediglich theoretische Bedeutung. Und der 2. Fall hat seine praktische Bedeutung dadurch verloren, daß er auf den einzigen praktisch wahrscheinlichen Fall, nämlich die Erteilung eines Patentes an einen nicht rechtsfähigen Verein, gar nicht zutrifft (siehe oben § 24). Diese beiden Fälle mögen also auf sich beruhen. Nicht ganz so unbedenklich aber sind die 3 anderen übrig gebliebenen Fälle von Nichtpatenten, die oben in § 27 unter Ziffer 3 bis 5 aufgezählt worden sind. Es sind dies diejenigen Fälle, in denen kein Patenterteilungsakt vorliegt, entweder, weil ein Patenterteilungsbeschluß überhaupt nicht gefaßt worden ist (Ziffer 5), oder weil er nicht von der Abteilung gefaßt worden ist (Ziffer 3), oder weil er von der Abteilung zwar gefaßt, aber noch nicht erlassen ist (Ziffer 4) und trotzdem auf Grund irgendwelchen Versehens Rolleneintrag und Ausstellung einer Patenturkunde erfolgt ist. Für derartige, zwar sicher nicht häufige, aber in einem Riesenbetriebe wie dem des Patentamtes immerhin durchaus mögliche Fälle, hat das Patentgesetz gar keine Bestimmungen getroffen, im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, das für ganz analog liegende Verhältnisse eine ausdrückliche Regelung bereit hält, nämlich für den Fall der wegen Nichtvorhandenseins eines formgiltigen Eheabschlusses nichtigen, aber trotzdem in das Heiratsregister eingetragenen Ehe. Die Rechtsähnlichkeit beider Fälle ist darin begründet, daß Ehe sowohl wie Patent durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstehen, daß bei beiden öffentliche Registrierung vorgeschrieben ist (§ 19 P. G. und

§ 1318, Absatz 3 BGB.) und daß diese Registrierung bei beiden gleichermaßen nicht rechtserzeugend (konstitutiv) wirkt (§§ 1317, 1318, Absatz 3 BGB. und für das Patent oben § 21). Die besondere Regelung, die das BGB. für seinen Fall bereit hält, ist die: Der Eintrag einer wegen Formmangels nichtigen Ehe in das Heiratsregister bewirkt nach bestimmter Zeit und unter bestimmten Voraussetzungen Heilung der Nichtigkeit (§ 1324, Absatz 2), außerdem kann im Falle der Eintragung diese Ehenichtigkeit nur durch ausdrückliche Klage geltend gemacht werden (§ 1329, Satz 2). Im Gegensatz hierzu bleibt nach dem Patentgesetz mangels gültigen Erteilungsaktes auch ein registriertes Patent in alle Ewigkeit null und nichtig, und diese absolute Nichtigkeit kann jederzeit und an jedem Ort beliebig geltend gemacht werden. Ist diese verschiedenartige Behandlung dieser beiden ähnlich liegenden Fälle durch den Gesetzgeber aus den eigenartigen Verhältnissen des Patentgesetzes zu rechtfertigen? Man wird diese Frage eher bejahen, als verneinen müssen. Der Anmelder, für den ein Patent in die Rolle eingetragen wird, oder der eine Patenturkunde erhält, ohne daß in Wahrheit wegen Fehlens eines Patenterteilungsaktes ein giltiges Patent entstanden ist, ist nämlich auch nach dem geltenden Recht durchaus nicht so schutzlos, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Es wurde ja schon oben im § 27 gezeigt, daß das Patenterteilungsverfahren in der Instanz nur durch den Erlaß eines Patenterteilungs- bzw. Versagungsbeschlusses formell abgeschlossen wird. Und gerade bei den 3 in Frage stehenden Fällen von Nichtpatenten liegt ja die Sache so, daß zwar das Patent nicht versagt, aber auch kein giltiger Erteilungsbeschluß erlassen worden ist. Gerade bei diesen drei Fällen von Nichtpatenten ist also die Instanz noch gar nicht formell erledigt. Wird der Fehler entdeckt, so ist demnach die Abteilung durch nichts gehindert, das Versäumte nachzuholen und jetzt den versehentlich unterbliebenen Erteilungsbeschluß zu erlassen.[96] Da die Priorität von dem Tage der Anmeldung an rechnet, so erleidet der Anmelder keinerlei Einbuße an Priorität, und, wenn dem Nichtpatent eine Bekanntmachung gemäß § 23 P. G. vorausging, so hätte er auch während der ganzen Zeit der absoluten Nichtig-

[96] Läge der Fall so, daß ein Versagungsbeschluß erlassen und rechtskräftig geworden ist und trotzdem versehentlich Eintrag des Patentes in Rolle und Patenturkunde erfolgt, so ist in diesem Falle selbstverständlich ein derartiges Nachverfahren unzulässig; denn hier ist durch den Versagungsbeschluß das Verfahren formell beendigt. Hier muß eben von amtswegen der versehentliche Eintrag in die Rolle gelöscht und die Patenturkunde wieder eingezogen werden. Der Gedanke, in diesem Falle de lege ferenda Heilung eintreten zu lassen, etwa analog § 1324, Absatz 2 BGB., ist unbedingt zurückzuweisen, da die materielle Patentunwürdigkeit hier bereits rechtskräftig feststeht und die Allgemeinheit vor solchen „Wegelagererpatenten" unbedingt bewahrt werden muß.

keit gemäß Absatz 1, Satz 2 § 23 vorläufigen Patentschutz. Würde die Abteilung dagegen nach Erkenntnis des Versehens das Verfahren nun nicht durch einen Erteilungsbeschluß, sondern durch einen Versagungsbeschluß abschließen, so wäre auch hier die prozessuale Lage des Anmelders nicht schlechter, als wenn das Nichtpatent nicht dazwischengetreten wäre, da ein etwaiges Beschwerderecht ihm ja durch das Dazwischentreten des Nichtpatentes nicht verloren gegangen ist; denn die Beschwerdefrist läuft ja gemäß § 26 P. G. für ihn erst von der Zustellung des Versagungsbeschlusses an, und diese Zustellung erfolgt ja erst jetzt.[97] Auch ohne eine dem § 1324, Absatz 2 BGB. entsprechenden Bestimmung kann man also auch für das geltende Recht von einer Art Heilbarkeit des Nichtpatentes sprechen, und zwar beruht hier die Heilbarkeit auf der normaler Weise vorhandenen Möglichkeit, das Erteilungsverfahren wieder aufzunehmen und da fortzusetzen, wo der Fehler eingetreten war.[98]

Diese Möglichkeit, wenigstens prozessual das Nichtpatent heilen zu können, spricht gegen die Anerkennung eines Bedürfnisses, in das Patentgesetz die Bestimmungen der §§ 1324, Absatz 2 und 1329, Satz 2 BGB. analog zu übernehmen. Andererseits spricht dafür folgende Erwägung:

Das Patentgesetz von 1891 hat den schon mehrfach erwähnten Absatz 3 § 28 neu eingefügt, wonach nach Ablauf von 5 Jahren seit dem Tage der über die Erteilung des Patentes erfolgten Bekanntmachung die Nichtigkeitsklage auf Grund der Ziffer 1 § 10 P. G. ausgeschlossen sein soll. Sein Wille ist also, daß nach Ablauf dieser Zeit die Frage nach der Erfindungsqualität und der Neuheit dieser Erfindung nicht mehr aufgeworfen werden dürfe. Dieses Vorteiles kann ein Erfinder verlustig gehen, wenn er zunächst auf seine Anmeldung infolge eines amtlichen Versehens ein Nichtpatent erhält und das Versehen vielleicht erst nach 5 Jahren seit der Bekanntmachung dieses Nichtpatents entdeckt wird. Wenn hier die Abteilung sich nach Entdeckung des Versehens nunmehr an den formellen Abschluß des Verfahrens macht, muß sie die Erfindung selbstverständlich auf ihre Erfindungsqualität und Neuheit prüfen. Diese Prüfung ist jetzt gefährlicher für den An-

[97] Dies gilt auch in denjenigen Fällen, wo die Abteilung einen Versagungsbeschluß gefaßt und sogar erlassen hat — vielleicht durch Zustellung an den Einsprechenden od. durch Verkündigung in der mündlichen Verhandlung (siehe oben bei Anmerkung 55 und 56) —, aber dem Anmelder den Versagungsbeschluß nicht gemäß §§ 15, 26 P. G. zugestellt hat und versehentlich ein Patent in Rolle oder Patenturkunde eingetragen worden ist.

[98] Für diesen Fall, aber auch nur für diesen, trifft also die oben bei Anmerkung 45 erwähnte Ansicht Ephraim's tatsächlich zu, und insofern steckt auch ein berechtigter Kern in den Anträgen der Patentkommission auf dem Düsseldorfer Kongreß von 1907 (siehe oben bei Anm. 52), deren Auffassung über die Rechtslage de lege lata und die Bedürfnisse de lege ferenda im übrigen jedoch nicht zu billigen ist.

melder als sie früher gewesen wäre. Denn der Anmelder hat den ganzen seitherigen Fortschritt der technischen Erkenntnis, den vielleicht gerade er durch Preisgabe seiner Erfindung vermittelt hat, gegen sich. Und es ist eine unbestrittene Tatsache, daß in späterer Zeit manches für eine "bloß handwerksmäßige Konstruktion" angesehen wird, was z. Zt. seines Bekanntwerdens unbedingt auch von sachverständiger Seite als patentwürdige Erfindung angesehen wurde. Dies ist gerade der Grund, der Anlaß zur Bestimmung des Absatz 3 § 28 P. G. gegeben hat. Das Dazwischentreten eines Nichtpatentes kann also in einem derartigen Falle den Anmelder um die Vorteile der Bestimmung des § 28, Absatz 3 bringen. Darum also könnte es sich für den Gesetzgeber um die Frage handeln, ob Bestimmungen zu treffen seien, durch die diese der Absicht des Gesetzes widersprechende Folge ausgeschlossen wird. Dieser Zweck ließe sich durch folgende Bestimmung erreichen:

„Ist ein Patent in die Rolle eingetragen oder eine Patenturkunde erteilt worden, ohne daß das Erteilungsverfahren durch einen Erteilungs- oder Versagungsbeschluß ordnungsmäßig abgeschlossen war, so kann es, wenn das Versehen erst nach Ablauf der im § 28, Absatz 3 bezeichneten Frist entdeckt wird, nachträglich nicht deshalb versagt werden, weil die Voraussetzungen der §§ 1 und 2 P. G. nicht vorgelegen haben."

Und doch kann eine derartige Bestimmung, trotz ihrer scheinbaren Folgerichtigkeit, nicht empfohlen werden. Ist schon ein Nichtpatent als solches eine große Ausnahme, so stellt sich der Fall, auf den obige Bestimmung zugeschnitten ist, seinerseits wieder als eine große Ausnahme von dieser Ausnahme dar. Eine derartige entfernt liegende Möglichkeit verdient keine besondere Berücksichtigung in dem Gesetz, zumal es sich ja nur um solche Fälle handeln kann, wo sowieso die materielle Patentwürdigkeit zweifelhaft ist, und da es obendrein nicht an gewichtigen Stimmen gegen die Vorschrift des Absatzes 3 § 28 fehlt, auf deren Grundsätzen ja die vorgeschlagene Bestimmung beruhen würde.

Eine gesetzgeberische Berücksichtigung der Nichtpatente erscheint sonach nicht erforderlich, da ja in der weitaus überwiegenden Anzahl der denkbaren Fälle auch nach dem geltenden Recht sich ein im großen Ganzen befriedigender Ausweg finden läßt, der, wie erwähnt, darauf beruht, daß beim Vorliegen eines Nichtpatentes das Erteilungsverfahren normaler Weise noch gar nicht formell abgeschlossen ist und deshalb das Versäumte immer noch nachgeholt werden kann.

Kleine Ecken müssen dabei in Kauf genommen werden, die lassen sich bei keinem Prozeß-Gesetz vermeiden, wenn durch irgend einen unglücklichen Zufall das Verfahren auf Abwege gerät.